

ACTA
LITTERARUM AC SCIENTIARUM

REGIAE UNIVERSITATIS HUNGARICAE FRANCISCO-JOSEPHINAE

SECTIO
JURIDICO—POLITICA.

TOMUS I.

REDIGUNT :
Prof. Dr. V. de KOLOSVÁRY et Prof. Dr. PAULUS SZANDTNER.

EDITOR : SODALITAS AMICORUM UNIVERSITATIS FRANCISCO JOSEPHINAE

SZEGEDINI 1928.

A M. KIR. FERENCZ JÓZSEF-TUDOMÁNYEGYETEM
TUDOMÁNYOS KÖZLEMÉNYEI.

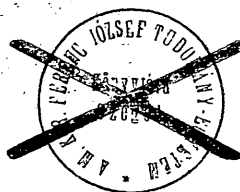
JOG- ÉS ÁLLAMTUDOMÁNYI ÉRTEKEZÉSEK.

I. KÖTET.

SZERKESZTIK :
Dr. KOLOSVÁRY BÁLINT és Dr. SZANDTNER PÁL.

KIADJA: A M. KIR. FERENCZ JÓZSEF-TUDOMÁNYEGYETEM BARÁTAINAK EGYESÜLETE

SZEGED, 1928.



50281



TARTALOMMUTATÓ. — INDEX.

	Pag.
<i>Dr. J. Moór</i> , Macht, Recht, Moral	1—46
<i>Dr. I. Kosutány</i> , Codex juris canonici	47—56
<i>Dr. V. de Kolosváry</i> , Neue Entwicklungstendenzen des ungarischen Immobiliarrechts	57—74
<i>Dr. Anton Almási</i> , Nichtvermögensschaden im ungarischen Privatrecht	75—102
<i>Dr. Artur Meszlény</i> , Josef Kohler als Mensch und Gelehrter . .	103—113
<i>Dr. Barna Horváth</i> , Staatsorgantheorie	115—157
<i>Dr. Kelemen László</i> , A leánynegyed („Quartalitium“)	159—218
<i>Dr. Alexander Cornel Túry</i> , Die Reform unseres Zahlungsunfähig- keits-Rechtes	219—278

Macht, Recht, Moral.

— Ein Beitrag zur Bestimmung des Rechtsbegriffes. —

Von

Dr. JULIUS MOÓR, o. ö. Prof. der Rechtsphilosophie an der kgl. ung.
Franz Josefs-Universität.

Die tragischen Ereignisse des letzten Jahrzehntes, die sich auf der grossen Bühne des Welttheaters abspielten, erschütterten bis tief in die Wurzeln alle unsere herkömmlichen Rechtsverhältnisse und Rechtsanschauungen. Die Flut der Ereignisse hat aber auch manches wertvolle Tatsachenmaterial an die Oberfläche geworfen, das geeignet ist bei Bestimmung des Rechtsbegriffes mit experimenteller Klarheit mitzusprechen. Eine kritische Besinnung über die Grundlagen des Rechtsbegriffes erscheint demnach als besonders geboten.

I. Ethische und Machttheorien.

Wie unsicher und umstritten auch die Bestimmung des Rechtsbegriffes sein mag, unzweifelhaft scheint es, dass seine Grenzen zwischen der Sphäre der *Macht* und dem Reiche der *Moral* zu suchen sind.

Diese unleugbare Doppelnatur des Rechtes, das — den unterirdischen Höhlen der Gewalt entsprossen — sich den hehren ethischen Idealen zuwendet, trug sicherlich die Schuld an den meisten Schwierigkeiten der Begriffsbestimmung. Mit einer gewissen Berechtigung versuchte man bald von dieser, bald von jener Seite, die charakteristischen Züge dieses begrifflichen Januskopfes zu erfassen, ohne ein adaequates Bild des Ganzen geliefert zu haben. Von der Seite der *Moral* aufgenommen, erscheint das Bild, das die *naturrechtliche* Schule sich von dem Rechtsbegriff ausmalt, in überirdischer Schönheit: „Hoch über der Zeit und dem Raume schwebt“ — nach dieser Auffassung — das Recht, der Gedanke der ewigen Gerechtigkeit: es ist ein zu allen Zeiten und für alle Völker gültiges System von unwandelbaren Normen. Allein die Idee der Gerechtigkeit, und

die der Richtigkeit überhaupt, gehört in das Reich der Moral und darf mit dem in steter Entwicklung wechselnden und mit empirischen Mängeln behafteten Rechte nicht verwechselt werden. Trotz alledem spukt aber auch in verschiedenen modernen Auffassungen des Rechtsbegriffes das Gespenst dieser irrtümlichen Verwechslung. Als Belege dafür aus allerjüngster Zeit soll nur auf die Aufsätze „Recht u. Gerechtigkeit“ von Rudolf Joerges¹⁾ und „Über den Charakter der Geltungsprobleme in der

¹⁾ Zeitschrift für Rechtsphilosophie II. Bd. 2. H. 1919. S. 173—218. Joerges versucht hier die leitenden Gedanken der Rechtsphilosophie *Stamm-
lers* in naturrechtliche Bahnen einzulenken. Er unterscheidet „1. das Nor-
mensystem für die Gesetzgeber; 2. das Normensystem für die Gesetzes-
unterworfenen.“ „Das System der die Gesetzgeber leitenden Normen ist
das grundlegende; in ihm erfassen wir dasjenige, was das Recht ist.“ Nach
Muster des naturrechtlichen Dualismus von Naturrecht und gesetztem Recht
nennt er das erstere *Recht im philosophischen Sinne*, das letztere *Recht
im empirischen Sinne* (S. 186). Die Normen, welche das philosophische
Recht ausmachen, entfließen „einem allen Menschen übergeordneten Wol-
len“ (191). „Die Normen für den Gesetzgeber u. somit für das Recht ent-
springen aus dem ordnenden Willen der allen Menschen gemeinsamen *Vernunft*.
Sie ist der Normgeber.“ „Die obersten u. unbedingten Normen unse-
res Wollens und damit alle ethische u. religiöse Gesetzgebung beruhen auf
diesem Gedanken der Vernünftigkeit“ (192). „Das Recht ist . . . das System
der mit dem Vernunft geforderten ordnenden Willen gegebenen Normen . . .“
(193). Diese Normen sind durch einen Gedanken gegeben, „der von allen
Menschen ohne Ausnahme als über ihnen stehend anerkannt wird“ (190).
„Die durch das Recht u. die Gerechtigkeit an uns gestellte Forderung ist
weder an den Raum, noch an die Zeit gebunden. Sie ist unveränderlich und
ewig“ (209). — Wenn man noch bedenkt, dass Joerges sowohl den Satz
des Florentinus: „hominem homini insidiari nefas esse“ (192) als auch das
Ulpian'sche „suum cuique tribuere“ (207) als absolute Vernunftforderungen
hinstellt: bedarf es keines weiteren Beweises, dass er sich in engster Berüh-
rung mit der Rechtsphilosophie V. *Cathreins* befindet. Das „philosophische
Recht“ im Sinne Joerges sollte man richtiger dem schon bestehenden Sprach-
gebrauch gemäss Naturrecht oder Vernunftrecht nennen. Es ist unzweifel-
haft, dass er hier das positive Recht aus den Augen verloren hatte und sich
bereits auf dem Gebiete der „ethischen Gesetzgebung“ befindet. — Ein
Irrtum von Seiten Joerges ist es u. E. wenn er behauptet, dass *Stamm-
ler* in seiner bekannten Definition des Rechtsbegriffes ebenfalls lediglich den
Begriff des Rechts in diesem „philosophischen Sinne“ gemeint hätte (202).
Bei *Stamm-
ler* bezieht sich nicht nur die Definition des Rechtes auf das *posi-
tive* Recht, er will auch unter „richtigem Rechte“ nur „ein besonders gear-
tetes *gesetztes* Recht“ verstehen. (Die Lehre von dem richtigen Rechte.
1902. S. 22: Theorie der Rechtswissenschaft 1911. S. 130.)

Rechtswissenschaft“ von Dr. C. A. *Emge*²⁾ hingewiesen werden.³⁾

Das entgegengesetzte Extrem: die Verwechslung mit der rohen Gewalt finden wir in der Auffassung des *Marxismus*. Das verklarte Antlitz der naturrechtlichen Madonna verwandelt sich hier zum brutalen Verbrechergesichte eines blutsaugenden Tyrannen. Das Recht bedeutet danach nichts als Gewalt, nichts als ein Werkzeug zur Unterdrückung und Niederhaltung der ausgebeuteten Menschenmillionen. Es ist nicht nur jedes moralischen Gewandes entkleidet, sondern trägt sogar das Stigma der Unsittlichkeit an der Stirne. Es ist dies einer der vielen Punkte, wo sich die Auffassung des *Marxismus* mit der des *Anarchismus* berührt. Und einer der vielen Widersprüche, die sich im Gedankensystem der Marx'schen Lehre finden, offenbart sich darin, daß der Begründer des geschichtlichen Materialismus trotz seines amoralistischen Standpunktes den Gedanken des unbedingt Unrichtigen in seine Auffassung vom Rechte hineinspielen lässt. Das unbedingt Unrichtige ist aber nur an dem Masstabe des unbedingt Richtigen zu messen. Der Rechtsbegriff des *Marxismus* ist also nicht amoralisch, sondern ist moralisch gefärbt; man kommt in Versuchung zu behaupten, dass er eine negative naturrechtliche Auffassung darstellt. Unabhängig von Zeit und Raum ist der Inhalt der Rechtsnormen unwandelbar auf die Ausbeutung gerichtet. Auch hierin, und nicht nur in der Utopie der anarchistisch-kommunistischen Ge-

²⁾ Archiv f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie Bd. XIV. (1920/21) S. 145—171; 277—285. Bd. XV. (1921/22) S. 54—63. — Nach *Emge* gehört zum Begriffe des Rechts das Merkmal der Richtigkeit, der „Geltung“ im *ethischen* Sinne. „Imperativ u. Rechtsnorm sind nicht identisch. Aus jenen entstehen diese nur dann, wenn die Befolgung der konkreten Imperative des höchsten Gewalthabers *die gesollte Geschichtsentwicklung* mehr fördert als die Zuwiderhandlung“ (XIV. 158). „Das rechtlich Gesollte ist stets *ethisch* Gesolltes; dieses aber nicht immer rechtlich Gesolltes“ (XV. 59). Was auf die Identifizierung von Recht und Moral im Sinne des bekannten *Jellinek*-schen Ausspruchs „Das Recht ist das ethische Minimum“ hinausläuft.

³⁾ Über die Beeinflussung der sog. „*einseitigen ethischen Rechtstheorien*“, der „*Zwecktheorien*“ und der „*Anerkennungstheorien*“, durch naturrechtliche Auffassungen, der Verwechslung des Rechtlichen mit dem Moralischen vgl. *Somló*: Juristische Grundlehre. 1917. S. 134—140.

sellschaft als Endziel der Entwicklung,⁴⁾ berührt sich also der Marxismus mit der naturrechtlichen Auffassung. Man muss deshalb vom Standpunkte des Naturalismus aus diejenigen Bestimmungen des Rechtsbegriffes, die das Recht als bloße Macht ohne jede moralische Färbung betrachten, als folgerichtiger bezeichnen.⁵⁾

Keines der beiden skizzierten Extreme ist richtig. Vor einer Identifizierung des Rechtes mit der Gewalt schlechthin warnen uns bereits die Bemühungen *Stammlers*, die sich auf die Abgrenzung des Rechts von der Willkür beziehen.⁶⁾ Die scharfsinnigen Ausführungen des durch ein tragisches Schicksal so früh dahingerafftten ungarischen Rechtsphilosophen *Somló* über den „Doppelsinn des Wortes Recht“ verweisen andererseits auf die Notwendigkeit, die beiden Bedeutungen des Rechts im juristischen und des Rechts im ethischen Sinn scharf auseinander zu halten.⁷⁾ Gewiss, das Recht lässt sich von der Moral und von der Macht scharf unterscheiden. Und doch hat es mit beiden eine nahe Verwandtschaft und enge Verbindung. Ist wohl die Wahrheit in der Synthese der beiden Extreme zu finden? „La justice, — sagte *Pascal* — sans la force est impuissante, la force sans la justice est tyrannique. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort et qui est fort soit juste.“ Ist in diesem Gedanken auch das Wesentliche des Rechtsbegriffes enthalten? Wir werden sehen, dass die Beziehungen des Rechts zur Macht und zur Moral sich nicht so einfach gestalten.

⁴⁾ Vgl. die höhere Stufe der communistischen Gesellschaft in Marxens Kritik des Gothaer Programms.

⁵⁾ Diese Auffassung findet sich bereits bei den *griechischen Sophisten*. (Vgl. Trasymachos bei Plato De republica I. 338—339.) In der neueren Philosophie wurde sie am konsequentesten durch *Spinoza* vertreten. In der modernen Rechtsliteratur steht ihr diejenige Auffassung am nächsten, die den Normcharakter des Rechtes leugnend die Rechtsregeln als Naturgesetze der sozialen Entwicklung betrachtet. Vgl. *Kornfeld*, Soziale Machtverhältnisse. 1911. S. 38. „Rechtsverhältnisse sind soziale Machtverhältnisse“; *Heiling*, Recht u. Macht 1890. S. 17. „Recht ist Macht.“ Vgl. noch *Bunge*: Le droit, c'est la Force; *Duguit*: Etudes de droit public. 1901.

⁶⁾ Wirtschaft und Recht. 1896. S. 487—523; Die Lehre v. d. r. Rechte S. 105; Theorie der Rechtswissenschaft S. 107, 417.

⁷⁾ Juristische Grundlehre S. 121. ff.

II. Das Recht als Verknüpfung von Idee und Wirklichkeit.

Die Behauptung, dass der Rechtsbegriff zwischen der Sphäre der Macht und dem Reiche der Moral zu suchen ist, erscheint vom Standpunkte einer Philosophie, die zwischen „*Sein*“ und „*Sollen*“, zwischen Wirklichkeitsbetrachtung und Wertbetrachtung genau unterscheidet, auf den ersten Blick als befremdend. Macht und Moral befinden sich nämlich nicht in derselben Ebene. Die Macht gehört in die Ebene der Wirklichkeit, des Tatsächlichen, der Kräfte. Die Moral thront in der Welt der zu verwirklichenden Ideale, der Werte. Ist es denn möglich, sich bei der Bestimmung des Rechtsbegriffes an zwei verschiedene Ebenen anzulehnen ohne Gefahr zu laufen nach dem Beispiel der soeben behandelten extremen Theorien ganz auf die eine oder die andere Ebene zu verfallen?

Und doch ist das Charakteristische des Rechtsbegriffes, dass er zugleich auf beiden genannten Ebenen aufgebaut ist. Das Recht ist zweifellos ein Inbegriff von *Normen*.⁸⁾ Und jede Norm enthält eine Forderung, ein Postulat, ein Sollen, ein Wert. Treffend bemerkt *Lask*, dass „alles, was in den Bereich des Rechts gerät, seinen naturalistischen, von Wertbeziehungen freien Charakter einbüsst.“⁹⁾ „Le droit, — sagt Fouillée — n'est pas le fait, c'est l'idée en avant sur le fait et lui montrant la direction qu'il doit suivre. C'est une anticipation sur les faits et un appel à l'avenir.“¹⁰⁾ Neben dieser ideellen Seite hat aber das Recht auch eine reale Seite: es wirkt, es greift als Motiv, als treibende Kraft in das bunte Menschenleben hinein. „Le domaine du droit proprement dit, — sagt Fouillée — est l'idéal . . . Mais en fait l'idéal est lui-même une force . . . il est un des facteurs de l'évolution humaine, un des moteurs de l'organisme social.“¹¹⁾

Bei dem sozialen Phänomen, welches wir als Recht bezeichnen, haben wir also eine merkwürdige Verquickung zwi-

⁸⁾ Die in Anmerkung 5. erwähnte Ansicht, die Rechtsnormen seien Naturgesetze des sozialen Lebens, ist offenbar unrichtig. Sie verwechselt die Rechtsnormen mit statistischen Regelmässigkeiten.

⁹⁾ Rechtsphilosophie (Sonderdruck aus: Die Philosophie im Beginn des XX. Jahrh. hrsg. von W. Windelband) 1905. S. 36.

¹⁰⁾ L'idée moderne du droit. Paris. 1890. S. 137. — Vgl. S. 252.

¹¹⁾ a. a. O. S. 387—388.

schen der Welt des *Seinsollenden* und des *Seienden* vor uns.¹²⁾ Wir stehen da vor einem metaphysischen Problem; und es ist nicht die Aufgabe der Rechtsphilosophie, das Mysterium desselben aufzuheben. Es ist dasselbe Problem, das allgemeiner in dem Zusammenhange zwischen Wert und Wirklichkeit, Geist und Körper, Idee und Materie uns entgegentritt. Auch beim Rechte handelt es sich um die Verwirklichung von Ideen. Und wie sich der menschliche Geist, der menschliche Wille, infolge eines unbegreiflichen Zusammenhanges des menschlichen Körpers bedient, um in der Aussenwelt Wirkungen hervorzubringen, so bedarf das Recht, um sich nach Aussen zu realisieren, um lebendig, wirkend, mächtig zu werden, der Macht, einer Art Körpers, den es als Seele beherrscht. Wie der menschliche Körper vom Willen, so werden grosse Massen von tausend und tausend Menschen von der wirkenden Kraft des Rechtes bewegt. Diese Bewegung geht durch das Medium von vielen tausenden von Individualwillen, und in jedem dieser Einzelwillen wiederholt sich das Problem des Zusammenhanges zwischen Idee und Körper. Dieses Problem wird beim Rechte aber noch durch dasjenige der interpsychischen Einwirkungen kompliziert. In diesem interpsychischen Prozesse entstammt nun die motivierende Kraft des Rechtes nicht bloss aus seinem inneren Gehalte, sondern wird durch gewichtige Argumente der Macht, durch Zwangsandrohung, verstärkt; gleich wie das Recht selbst aus dem Kampfe der Machtverhältnisse — dem Kampfe der willenbestimmenden Motive vergleichbar — entspringt. Wie der Geist vom Körper verschieden ist, und doch in dieser Welt ohne Körper keine Seele besteht, so ist auch das Recht als Norm von dem Faktum der Macht grundverschieden, und doch entflieht auch das Recht aus dem Diesseits der lebenden Normen in das Jenseits der Rechtsgeschichte, sobald der Körper, die Macht die hinter ihm steht, zusammenbricht.

Wir können nun die Beziehungen vom Recht zur Macht und zur Moral etwas genauer präzisieren.

Recht und *Moral* sind Geschwister, beide gehören unter

¹²⁾ Das Recht ist ein Inbegriff von Imperativen, und ein Imperativ ist „ein Mittel, durch welches das *Sollen* in das *Sein* übergeführt wird.“ (Simmel: Einleitung in die Moralwissenschaft. S. 10.)

denselben Oberbegriff der Normen. Es besteht zwischen ihnen allerdings der Unterschied, dass während die Moral sich selbst genügt und ihre Normen, die den Gedanken der Richtigkeit enthalten, in sich evident sind, das Recht diese Evidenz nicht besitzt und seine Forderungen auf äussere Machtmittel stützt: es ist mit der sozialen Macht unzertrennbar verknüpft. Beim Zustandekommen dieser Macht spielt die Moral andererseits wieder eine hervorragende Rolle.

Das *Recht* ist von der *Macht* durch eine ganze Welt getrennt: durch die Kluft, die zwischen den Ideen und dem bloss Faktischen gähnt, obgleich das Recht zugleich auch eine faktische, der Macht zugekehrte Seite besitzt. Diese mit dem Rechte eng verbundene Macht unterscheidet sich allerdings von der blossen Gewalt, der Macht schlechthin, da sie aus der Zusammenfassung vieler menschlicher Kräfte entsteht, die auf eine interpsychische Art zusammengehalten werden. In diesem interpsychischen Bande, das die physischen Kräfte so vieler Menschen zum Begriffe der Macht vereinigt, sind — wie gesagt — die stärksten Fäden Gebilde der moralischen Welt.

Es handelt sich nun darum, das Angedeutete näher zu entwickeln.

III. Die Elemente des Rechtsbegriffes.

Wenn wir den Rechtssatz, in seinem Zusammenhange mit dem Ganzen des Rechtssystems betrachtend, die Elemente des Rechtsbegriffes analysieren, können wir darin folgende Bestandteile unterscheiden:

1. In jeder Rechtsnorm finden wir die Vorstellung einer empirischen menschlichen Handlung. Diese Vorstellungen sind äusserst mannigfaltig. Sie verändern sich nach Ort und Zeit und sind innerhalb desselben Rechtssystems bei jeder Rechtsnorm verschieden.

2. An die genannten empirischen Vorstellungen schliesst sich bei jedem Rechtssatz gleichmässig der Gedanke des *Sollens* an. Die betreffende menschliche Handlung wird nicht als seiend oder werdend, als in der Gegenwart oder in der Zukunft existierend vorgestellt, sondern als seinsollend, als zu bewirkend, als gefordert. Darin liegt seitens der Norm (des Normgebers) eine Wertung der vorgestellten Handlung.

In der Darstellung und Systematisierung der vorgestellten empirischen Handlungsweisen (1), als geforderte Sollensinhalte (2) besteht die Aufgabe der Jurisprudenz als normativer Wissenschaft.

Die beiden genannten Elemente (dass nämlich in ihnen etwas (1) gefordert wird (2)), finden wir nicht nur bei den Rechtsnormen, sondern bei sämtlichen sozialen Normen jedweder Art. Sowohl in dem moralischen Gebote, als auch in der Konventionalregel wird etwas (1) gefordert (2). Das in der Rechtsregel geforderte wird aber auch zugleich als *rechtlich* Gesolltes hingestellt.

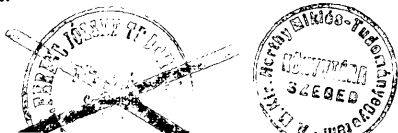
3. Der Inhalt (1) der Norm (2) wird nun dadurch als eine *rechtliche* Forderung qualifiziert, dass der Gedanke einer spezifischen *Drohung* hinzukommt. Die Rechtsnorm droht den Widerstrebenden mit einem empirischen Übel, dessen Besonderheit in der Anwendung eines physischen Zwanges besteht. In der Rechtsnorm ist also noch: a) die Vorstellung eines empirischen, durch Menschen ausgeübten physischen Zwanges vorhanden, und zwar b) als etwas im Nichtbefolgungsfalle Eintretendes, also hypothetisch in der Zukunft Existierendes.¹³⁾ Wir haben es hier also gleichfalls mit der Vorstellung einer empirischen menschlichen Handlung zu tun, wie unter 1. Während aber die dort behandelte überaus mannigfaltig ist und bei jeder Norm wechselt, ist diese bei allen rechtlichen Normen gleichbleibend und bezieht sich letzten Endes immer auf physische Zwangsausübung (3a). Und während die unter 1. behandelte als gesollt vorgestellt wird (2), wird diese (3a) als existierend, und zwar in der Zukunft hypothetisch existierend vorgestellt (3b). Da ferner die angedrohte Zwangsanwendung: c) als vom Normgeber *gewollt* und als etwas für den Normadressaten *unerwünschtes* vorgestellt wird, steckt in dieser Drohung vom Standpunkte sowohl des Normgebers als auch des Normadressaten betrachtet, eine Wertung (3c). Dadurch erscheint nun die durch die Norm geforderte Handlung (1) auch für den Normadressaten als gewünscht, als zu bewirkend. In dieser Drohung

¹³⁾ Dieses Element der Rechtsnorm wird durch die scharfsinnigen Ausführungen *Kelsens* in seinem „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ 1911. hervorgehoben.

(3a, b, c), die man die *Sanktion* der Norm nennen kann, liegt der Übergang vom Sollen zum Sein, die Verknüpfung der Forderung mit dem Motiv, das Geforderte in die Wirklichkeit umzusetzen. Hier liegt aber auch die Wurzel des interpsychischen Problems der Rechtsgeltung. Und in der Besonderheit der rechtlichen Sanktion erblicken wir auch die „*differentia specifica*“, welche die Rechtsnorm — wie unten noch ausführlicher dargelegt wird — von den anderen Arten der sozialen Regelung unterscheidet.

Gehört nun diese Sanktion zu dem Inhalte der Rechtsnormen oder tritt sie von Aussen her an die Norm heran, mit der sie verknüpft ist? Wir finden zweifellos eine grosse Klasse von Rechtsnormen — das Strafrecht, die Zivilprozessordnung sammt dem Exekutionsrechte, Teile des Verwaltungsrechtes gehören hieher — bei denen bereits im *Inhalte* der Norm die Zwangsandrohung enthalten ist. Eine andere grosse Klasse von Rechtsregeln stützt sich wieder auf Normen der zuvor genannten Art. Das materielle Privatrecht wie auch alle seine Teile, als Wechsel- und Handelsrecht stellen z. B. Tatbestände fest, unter welchen das Zivil- und Exekutionsverfahren Raum hat.¹⁴⁾ Die wichtigsten Einrichtungen sowohl des Staats- als auch des Privatrechtes werden durch das Strafrecht geschützt; die Sätze des Verwaltungsrechtes beziehen sich letzten Endes auf die Exekutive. Bei diesen Normen lässt sich also, infolge des Zusammenhanges des Rechtssystems als einheitliches Ganzes, die Zwangsandrohung mittelbar als ergänzender Bestandteil des Norminhaltes auffassen. Es gibt aber zweifellos auch Rechtsnormen, die weder ausdrücklich eine Zwangsandrohung beinhalten noch mittelbar auf eine solche ausdrückliche Zwangsandrohung enthaltende andere Rechtsnorm gestützt werden können. Zu diesen Normen gehört jedoch, wenn sie überhaupt rechtliche Normen und nicht *pia desideria* sein sollen, *still-*

¹⁴⁾ Vgl. Dr. Josef Schein: *Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz*. Berlin, 1889. S. 7, 21: „Ohne (die Zivilprozessordnung) haben die Regeln des Privatrechtes genau so viel Sinn, wie der Teil (des Eisenbahnbetriebsreglements) der den Verkehr der Züge festsetzt, wenn überhaupt nicht gefahren werden kann.“ S. 67: „Die Zivilklage ist also das Bindeglied, das das ganze Privatrecht zusammenhält.“



schweigend die Zwangsandrohung. Hinter diesen Normen muss zu ihrer Durchsetzung unmittelbar die Macht bereitstehen, als deren Gebote sie erscheinen. In dieser Bereitschaft der Macht zur Durchsetzung der Norm — die sich auch in der tatsächlichen Durchführung derselben bekundet — liegt dann eine stillschweigende Drohung mit der Zwangsanwendung, die sich ganz eng an die Rechtsnorm als ihre Ergänzung aus konkludenten Fakten anschmiegt. Wir haben hier eine Art der „*leges imperfectae*“ vor uns, man könnte sie vielleicht „Normen von unmittelbarer rechtlicher Evidenz“, oder um ein philosophisches Missverständnis zu verhüten, einfach „*unmittelbare Rechtsnormen*“ benennen.

Wenn man nun bedenkt, dass im Sinne dieser Auffassung der besondere Inhalt einer jeden rechtlichen Norm (1), im Zusammenhange des Rechtssystems betrachtet, durch eine Drohung der Zwangsanwendung (3) gesichert erscheint, taucht die Frage auf, wodurch diejenigen Normen gesichert werden, deren besonderer Inhalt eben in dieser Zwangsandrohung (Strafe, Exekution) besteht? Da ein „*regressus ad infinitum*“ auch in der juristischen Welt als unmöglich erscheint, muss man zu dem Schlusse gelangen, dass der Rechtscharakter dieser Normen durch die stillschweigende Zwangsandrohung der unmittelbar hinter ihnen stehenden Macht gesichert ist; kurz, dass alle diese Normen „*leges imperfectae*“ im Sinne der oben erwähnten „*unmittelbaren Rechtsnormen*“ sind. Somit gelangt man zu der Erkenntnis, dass in ultima analysi das ganze Rechtssystem auf solche „*leges imperfectae*“ gegründet ist.

Will man nun die stillschweigende Ergänzung dieser „*leges imperfectae*“ durch die aus konkludenten Fakten sich ergebende Zwangsandrohung als eine *gewohnheitsrechtliche* bezeichnen, so erhält in diesem neuen Lichte betrachtet die Gewohnheitsrechtstheorie der historischen Rechtsschule, „die dem Gewohnheitsrecht den Ehrenplatz unter den Rechtsquellen zugewiesen hat“, ¹⁵⁾ eine gewisse Berechtigung.¹⁶⁾

¹⁵⁾ Somló a. a. O. S. 362. — Vgl. z. B. Puchta: Gewohnheitsrecht. 1828. I. S. 144 ff.; Cursus der Institutionen III. Aufl. 1851. I. S. 30 f. — Vgl. auch Zitelmann (Arch. f. zivil. Praxis LXVI. S. 430): „Man darf nicht das Gewohnheitsrecht auf das Gesetz, sondern muss das Gesetz auf das Ge-

Wir können jetzt an die Beantwortung der oben gestellten Frage herantreten, ob die Sanktion zum Inhalte der Rechtsnormen gehört oder bloss äusserlich mit der Norm verknüpft ist. Sicherlich gehört die Zwangsandrohung nicht immer zum *besonderen* Inhalte des Rechtssatzes. Sie gehört aber zu den *bleibenden* Elementen der Rechtsnorm und muss entweder ausdrücklich oder aus konkludenten Fakten ersichtlich, bei jeder rechtlichen Norm vorhanden sein, als charakteristischstes begriffliches Merkmal derselben. Wenn sie wegfällt, kann der besondere Inhalt der Norm zwar bestehen bleiben, die rechtliche Natur derselben geht aber verloren und sie kann von anderen sozialen Normen nicht unterschieden werden. Wie eng verflochten mit dem Inhalte der Rechtsnorm die Zwangsandrohung, die rechtliche Sanktion aber auch sein mag, es liegt darin ein *äusserliches* Element insofern, als sie notwendig auf etwas hinter der Norm, also ausserhalb derselben Stehendes hinweist.

4. Der Gedanke der Existenz einer ausserhalb des Rechtes stehenden realen *Macht*, mit der die Norm durch die in ihr enthaltene Zwangsandrohung verknüpft ist, kommt also als weiteres Element zu den bisher behandelten hinzu. Nicht die Macht selbst, sondern bloss der Gedanke der Existenz einer sozialen Macht ist in dem Rechtsbegriffe enthalten, er folgt mittels-logischer Reduktion notwendig aus der Zwangsandrohung. Die

wohnheitsrecht in einem weiteren Sinne zurückführen.“ — Die Notwendigkeit einer Bestärkung von Gesetzen durch Gewohnheitsrecht wird übrigens oft im ständisch-monarchischen Staate angetroffen. Diese Art von Bestärkung (*corroborare legem*) heisst *usuroboration*. Siehe *Tezner*: Technik und Geist des ständisch-monarchischen Staatsrechts. 1901. S. 41. (Schmoilers Forschungen XIX.); *Krabbe*: Die Lehre der Rechtssouveränität 1906. S. 60.

¹⁶⁾ Durch die oben skizzierte Auffassung der rechtlichen Sanktion erledigt sich auch der Einwand, der mir unlängst durch einen gelehrten ausländischen Kollegen in Form der Frage gemacht wurde, ob ein Strafrecht, nach welchem sämtliche Delikte bloss mit einem richterlichen Verweise zu bestrafen wären, auf Grund der Auffassung des Rechtes als Zwangsandrohung noch als Recht bezeichnet werden könnte? Der besondere Inhalt der rechtlichen Norm (z. B. Verfügung über die Anwendung des Verweises) ist gleichgültig. Die Frage ist, ob eben dieser besondere Inhalt mit einer Zwangsandrohung (z. B. Entfernung des Richters aus dem Richteramt falls er die Verfügungen über die Anwendung des Verweises nicht anwendet) ausdrücklich oder stillschweigend verknüpft ist?

Existenz einer *Macht* als etwas Tatsächliches, Seiendes, ist also eine logische Praesupposition des Rechtsbegriffes. Und diese soziale Macht muss die *stärkste*, die mächtigste innerhalb der durch die Normadressaten gebildeten Gesellschaft sein, denn da der Gedanke der Möglichkeit der tatsächlichen Durchführung der Drohung ebenfalls in der Zwangsandrohung enthalten ist, folgt die Vorstellung einer *physisch stärksten* sozialen Macht logisch notwendig aus der Drohung mit der physischen Zwangsanwendung (Strafe, Exekution) (3a). Das tatsächliche Vorhandensein dieser Macht, die als *Garantie* der Wirksamkeit der Drohung und des Befolgtwerdens der Norm hinter derselben steht, ist natürlich eine andere Frage, die mit der Frage der tatsächlichen Geltung, des tatsächlichen Befolgtwerdens der Norm in Verbindung steht.

5. Dieses *tatsächliche Befolgtwerden* gehört endlich auch zum Begriff einer lebenden Rechtsnorm. Natürlich nicht im Sinne einer ausnahmslosen Befolgung, sondern als normales, regelmässiges Befolgtwerden, das sich mit ausnahmsweiser Zuwiderhandlung verträgt. Dadurch kommt auf eine sehr auffallende Weise ein *Seinselement* in den Rechtsbegriff hinein. Ob eine Norm tatsächlich befolgt wird, ob sie Verwirklichung findet, wird in der Welt der Tatsachen, im sozialen Leben entschieden. Deshalb könnte man behaupten, dass kein einziger Sollenssatz als „Recht“ geboren wird. Jeder Rechtssatz ist ein „self made man“, muss sich in der Praxis, im Leben, als Rechtssatz bewähren, muss im Kampf ums Dasein sein Plätzchen unter der Sonne erkämpfen. Und viele Rechtssätze werden totgeboren. Erst nachträglich, im Laufe der Geschichte erweist sich die Lebensfähigkeit des Satzes als eines juridischen Gebotes.

In diesem Kampf um das Dasein steht dem zarten Sollenssatze die mütterliche „*Macht*“ mit kräftiger Hand zur Seite. Es ist nicht unbedingt notwendig, dass sie Brachialgewalt anwendet, sie muss aber — wenn der betreffende Satz sich als eine Rechtsregel bewähren soll — im Notfalle immer auch mit der eisernen Faust dreinschlagen können. Die tatsächliche Existenz einer physisch stärksten sozialen Macht ist in diesem Sinne zum Rechtsbegriff notwendig: die Norm und die in jeder Norm enthaltene physische Zwangsandrohung (3) muss sich tatsächlich in die Wirklichkeit umsetzen können. „Der

Zwang steht — schreibt *Trendelenburg* — in allen Rechtsordnungen bereit, und von den Rechtsordnungen kann man sagen, was der Römer von der Gewalt der Weltordnungen sagte: *ducunt volentem fata, nolentem trahunt.*¹⁷⁾ Der Gensdarmes, der Gerichtsvollzieher und der Scharfrichter gehören notwendig zum Recht. Die Göttin *Justitia* hat in der Rechten das Schwert!

Das Postulat des tatsächlichen Befolgtwerdens und die daran anschliessende Behauptung, dass ein jeder Rechtssatz erst durch die Praxis zur Rechtsnorm erhoben wird, könnte man auch derart formulieren, dass jeder Rechtssatz erst durch die Gewohnheit zum Rechte gestempelt wird. Letzten Endes wäre demnach auch das geschriebene Recht eine besondere Art des Gewohnheitsrechtes. Diese Feststellung — die mit unserer oben anlässlich der Untersuchung der „unmittelbaren Rechtsnormen“ gemachten Bemerkung über die gewohnheitsrechtliche Quelle alles Rechtes, in vollem Einklange steht¹⁸⁾ — gewinnt besonders bei der rechtsphilosophischen Würdigung des illegitim entstandenen revolutionären Rechtes grosse Bedeutung. Aus der Feststellung, dass jeder Rechtssatz sich im Leben erst als Rechtssatz bewähren muss, folgt ferner aber auch die konservative Forderung, dass jede Rechtsnorm eine gewisse Beständigkeit haben muss. Es gehört zum Begriffe der Rechtsmacht, von *dauerndem Bestande*, von einer gewissen *Stabilität* zu sein. „Der Rechtsbegriff setzt eine dauernde Befolgung der Normen einer dauernden Macht voraus.“¹⁹⁾ „Vom Sekundenzeiger der Weltgeschichte lässt sich — um das schöne Wort *Somló's* zu gebrauchen — der Rechtszustand nicht ablesen; erst wenn die Stunde geschlagen hat, erfahren wir, was Rechtes ist.“²⁰⁾

Auf Grund der vorangehenden Analyse können wir feststellen, dass der Rechtsbegriff ein äusserst kompliziertes Gedankengebilde ist, welches eine Anzahl Sollens- und Seinselemente

¹⁷⁾ Naturrecht auf dem Grunde der Ethik. II. Aufl. 1868. S. 90.

¹⁸⁾ Vgl. oben S. 10.

¹⁹⁾ *Somló*, a. a. O. 106. Vgl. *Aristoteles*, Politik. VI. Buch 5. Kap., 1319 b.

²⁰⁾ *Somló*: A nemzetközi jog mibenléte. (Das Wesen des Völkerrechts. Ungarisch.) Kolozsvár, 1917. S. 19.

in sich vereinigt. Die unter 1. u. 2. behandelten Elemente sind nicht nur im Recht, sondern auch in der Moral vorhanden. Die unter 4. u. 5. behandelten geben seine Beziehungen zur Macht an. Das unter 3. behandelte endlich bedeutet den Übergang vom Sollen zum Sein. Wir finden Wertungen in 2 und 3c, Existenzialurteile in 3a, 3b, 4, und eine besonders auffällende Verknüpfung mit dem Faktischen in 5. Das unter 1 behandelte Element, das wir den besonderen Inhalt des Rechtssatzes nennen können, ist überaus mannigfaltig und bei den einzelnen Rechtsnormen wechselnd; die unter 2, 3, 4, 5 behandelten sind *bleibend* und bei allen Rechtsnormen die gleichen, bilden somit den formalen *begrifflichen* Rahmen des ersten. Nun ist aber das unter 2 bei allen Normen jedweder Art vorhanden; auch das Postulat des tatsächlichen Befolgtwerdens (5) ist im Begriffe einer jeden tatsächlich geltenden Norm zu finden. Auf Grund dieser beiden letztgenannten Elemente kann man also das Recht von den anderen Arten sozialer Regelung nicht unterscheiden. Und wie gerne wir auch den Ausführungen Somló's in Bezug auf das *gewöhnliche Befolgtwerden* der Rechtsnormen und die *Beständigkeit* der Rechtsmacht beipflichten, müssen wir es dennoch als unzutreffend bezeichnen, wenn er gerade in diesen Elementen das begriffliche Charakteristikon des Rechtsbegriffes zu finden glaubt. Die Elemente, die er in seiner Rechtsdefinition als begriffliche Merkmale des Rechtes hervorhebt, sind auch bei anderen tatsächlich geltenden Normsystemen vorhanden.²¹⁾ Zum

²¹⁾ Nach der Auffassung Somló's sind die Rechtsnormen diejenigen menschlichen Willenssatzungen, die von der „höchsten Macht“ herrühren. (Jur. Grundl. S. 86.) „Höchste Macht“ bedeutet aber bloss einen Faktor 1, dessen Normen *gewöhnlich* befolgt werden (S. 93, 103), 2, der von *dauern-* dem Bestande ist (S. 102), und 3, der nicht bloss spärliche, sondern *zahlreiche* Normen erlässt (S. 97). Die Rechtsmacht ist demnach bloss die Zusammenfassung der genannten drei Eigenschaften, von denen wir die ersten beiden unter Punkt 5. zusammengefasst haben. Nicht nur diese beiden, sondern auch das dritte Merkmal der „*umfassenden Regelung*“ ist bei jedem grösseren System tatsächlich geltender sozialer Normen vorzufinden. — Somló hebt noch hervor, dass die „höchste Macht“ nicht selbst die Normen einer anderen Macht „gewöhnlich“ befolgen darf (S. 95—96, 280—281). Nimmt man aber dies ernst, so wird man auf Grund der derart abgefassten Rechtsdefinition überhaupt keine Rechtsnormen finden, denn ein jeder rechtlicher Normgeber wird gewöhnlich die an jedermann gerichteten Normen

Rechtsbegriffe braucht man noch etwas mehr. Und dieses Plus haben wir in dem unter 3 behandelten Elemente der *physischen Zwangsandrohung* gefunden. Das unter 4 behandelte Element der *Macht* ist, wie erwähnt, selbst nur eine logische Praesupposition der Zwangsandrohung (3). Mithin müssen wir als das für die Begriffsbestimmung wichtigste Element die *Zwangsandrohung* bezeichnen. In ihr, in der rechtlichen *Sanktion* finden wir die „*differentia specifica*“, mit deren Hilfe das Recht von den anderen Arten sozialer Normen zu unterscheiden ist.

IV. Recht, Moral, Konvention, nackte Machtgebote.²²⁾

Die Abgrenzung des Rechts von den anderen Arten sozialer Normen muss demnach mittels der *Sanktion*, unter Bezugnahme auf die der Norm zum Zwecke ihrer Verwirklichung zur Verfügung stehenden *Garantien*, geschehen. Von einer jeden Norm geht nur ein *psychischer* Zwang aus im Interesse ihrer Befolgung; jede Norm will bloss auf den menschlichen Willen einen Einfluss ausüben. Der spezifische Unterschied der einzelnen Normarten besteht darin, *womit* dieser psychische Zwang geübt wird.

Die Normen der *Moral* drohen nicht mit äusseren Zwangsmitteln, es stehen ihnen keine äusseren Garantien zur Verfügung, welche die Verwirklichung ihrer Forderungen sichern würden. Die Garantie ihrer Erfüllung ist lediglich in der Seele des Normadressaten gelegen. Ihre alleinige Autorität liegt in der Einsicht begründet, dass sie die *richtige* Handlungsweise angeben.²³⁾ Nicht äusserer physischer Zwang, Drohung mit äusseren Übeln, sondern die innere Überzeugung von ihrer Richtigkeit wird der Norm zur Verwirklichung verhelfen. Darum appel-

der Moral oder zumindestens die Konventionalnormen befolgen. Die Normen des Sprachgebrauches sind ja — nach der Auffassung Somló's — nichts weiter als Konventionalnormen (*Verba valent usu*). (S. 77—78.)

²²⁾ Vgl. darüber meine Abhandlung: *A jog fogalma és az anarchizmus problémája Stammer jogfilozófiájában*. (Ungarisch. Der Begriff des Rechts und das Problem des Anarchismus in Stammer's Rechtsphilosophie.) Budapest 1911. S. 7—8, 15—18. Dort wird auch die Stammer'sche Unterscheidung von Moral, Konvention, Recht und Willkür ausführlich behandelt.

²³⁾ Vgl. *Stammer*, *Wirtschaft u. Recht*. S. 105, 106 — obgleich Stammer die Abgrenzung des Rechts von der Moral anders formuliert.

liert das moralische Gebot an unsere Gesinnung, an unser Gewissen. Die einzige Garantie seiner Verwirklichung ist die Evidenz seiner Richtigkeit. Man ist gewöhnt an die Gegenüberstellung, dass das Recht sich mit der blossen äusseren Legalität der Handlung begnügt, die Moral dagegen ausserdem noch die Moralität, die Lauterkeit auch der inneren Gesinnung fordert. Richtig ist es, dass die Moral einen aus moralischer Gesinnung entspringenden Gehorsam fordert, weil sie eben nicht mehr als aus innerer Überzeugung fliessenden Gehorsam fordern kann, einen Gehorsam wider Willen kann sie nicht beanspruchen, da die alleinige Garantie ihrer Verwirklichung unsere moralische Gesinnung, unser Gewissen ist, worauf sie appelliert.

Demgegenüber fordern *Recht* und *Konvention* unbedingte Unterwerfung, ohne Rücksicht darauf, ob der Normadressat sie für richtig hält oder nicht. Den Anspruch auf die Evidenz ihrer Richtigkeit erheben sie gar nicht. Für den Fall der Zuwiderhandlung drohen sie aber mit gewissen äusseren Übeln. Die *Konventionalregel* bedroht denjenigen, der sie nicht beachtet, mit verschiedenen sozialen Nachteilen; eine ganze Skala derselben steht ihr als Garantie ihrer Verwirklichung zur Verfügung, vom Lächerlichwerden bis zum gänzlichen Verlust der sozialen Ehre und der gesellschaftlichen Achtung. Diese Drohungen können in einzelnen Fällen äusserst schwerwiegend, und ihre Verwirklichung kann für den Einzelnen unvergleichlich schmerzhafter sein, als die Verwirklichung einer physischen Zwangsandrohung. Diese letztere wird jedoch von der Konvention nie in Anspruch genommen. Sie bedroht ihre Normadressaten niemals mit der Anwendung physischen Zwanges, die Menschen werden niemals mit Gewalt zur Befolgung der konventionalen Regel gezwungen, der Gedanke der Möglichkeit eines solchen Zwanges liegt daher auch niemals in der Konventionalnorm. Es steht auch keine physische Macht hinter ihr als Garantie der Verwirklichung einer solchen Drohung.

Demgegenüber finden wir im *Rechte* letzten Endes immer die Androhung einer physischen Zwangsanwendung. Und der Gedanke der Existenz der physisch stärksten sozialen Macht, als Garantie der Verwirklichung, liegt, — wie oben ausführlicher dargetan wurde —, im Begriffe der Rechtsnorm. Sicherlich ist Recht und physischer Zwang nicht gleichbedeutend. Das

Recht übt ebenfalls nur *psychischen* Zwang aus, so wie jede andere Norm.²⁴⁾ Die Besonderheit dieses psychischen Zwanges besteht aber darin, dass der psychische Zwang mit der Androhung eines physischen Zwanges ausgeübt wird.

All dies bedeutet natürlich nicht, dass sich die Rechtsnorm *tatsächlich* mittels physischer Zwangsanwendung, oder sogar bloss auf diese Weise verwirklicht. Die Rechtsnorm kann aus sehr verschiedenen anderen Motiven befolgt werden, wie aus Furcht vor der Drohung. Sie wird in sehr vielen Fällen aus Überzeugung von ihrer Richtigkeit oder aus dem moralischen Pflichtgefühl mit den Rechtsgesetzen nicht in Kollision zu kommen, oder vielleicht aus Rücksichten auf die gesellschaftliche Achtung befolgt. Dem Rechte muss aber als „ultima ratio“ immer auch der physische Zwang zu Gebote stehen, dessen ungeachtet, dass es vielleicht nur äusserst selten genötigt sein wird, von ihm tatsächlich Gebrauch zu machen. Deshalb verschwindet auch im tatsächlichen Leben, solange beide Normarten Gehorsam finden, die scharfe begriffliche Grenze zwischen Recht und Konvention. Sie tritt aber sofort klar zutage, sobald die Normen *übertreten* werden.

Denn, dass die Rechtsnorm übertreten werden kann, liegt bereits in ihrem Begriffe als blosser Drohung. Ja diese in jedem Rechtssatze enthaltene Drohung kann erst dann Verwirklichung finden, wenn das Rechtsgebot übertreten wird; sie ist gerade für diesen Fall berechnet. In diesem Falle müssen aber die durch das Recht in Aussicht gestellten Konsequenzen ins Leben treten — und der Unterschied zwischen der Konventionalnorm und dem physischen Zwangsandrohung enthaltenden Rechte wird deutlich ersichtlich werden. Ausnahmsweise kann zwar die in Aussicht gestellte Konsequenz ausbleiben, ohne dass die betreffende Norm sofort aufgehört hätte als eine rechtliche zu gelten. Solche Fälle bedeuten jedoch bereits ein Verblässen des betreffenden Rechtssatzes, denn eine Norm, die sich nicht Geltung verschaffen kann, ist keine Rechtsnorm mehr. Solche Fälle bedeuten eben — falls sie nicht mehr bloss ausnahmsweise vorkommen —

²⁴⁾ Der psychische Zwang liegt auch der Moral nicht fern. Allerdings kann dabei nur von einem inneren Zwange, einem Gewissenszwange die Rede sein.

dass die hinter der Norm gestandene Kraft und Macht verschwunden ist, und dass dasjenige, was auf dem Papiere steht, nicht mehr geltendes Recht ist. Geht dieser Prozess langsam, fast unbemerkt vor sich, so reden wir von der derogatorischen Wirkung des Gewohnheitsrechtes, der *desvetudo*: der einst kräftig wirkende Rechtssatz ist an Altersschwäche gestorben. Geht der Prozess rasch, ohne Übergänge, bei plötzlichem Zusammensturz der alten Machtverhältnisse von statten, so reden wir von *Revolution*: verblühte Rechtsinstitutionen gehen an einer galoppierend wirkenden Krankheit oder vom Dolche eines stärker gewordenen Nebenbuhlers zu Grunde. Zwischen Gewohnheitsrecht und Revolution besteht eine nahe Verwandtschaft. *Die Gewohnheit ist* — soweit aus ihr neues Recht entspringt — *eine konservative Revolution*. Der hervorgehobene begriffliche Unterschied zwischen Recht und Konventionalnorm macht es andererseits begreiflich, warum man auf dem Gebiete der letzteren niemals von einer Revolution im eigentlichen und nicht bloss übertragenen Sinne des Wortes reden kann.

Das über die Revolution Gesagte wird uns auch bei der Abgrenzung des Rechtes von den *nackten Machtgeboten* behilflich sein. Denn diese kann man noch dem Rechte — ausser den bereits abgehandelten Arten sozialer Normen — gegenüberstellen; die Gegenüberstellung, von Recht und *Willkür* ist nicht berechtigt. Die Willkür enthält den Gedanken der Unrichtigkeit in ihrem Begriffe, ist also bereits moralisch qualifiziert; ihr Gegensatz ist nicht das Recht, sondern das moralisch Richtige. Und da das Recht noch weder den Gedanken der Richtigkeit, noch den der Unrichtigkeit enthält, kann es selber sowohl richtig als auch „willkürlich“ sein. Die dem Begriffe des Rechtes gegenüberstellbare kommensurable Grösse kann nur der Begriff einer — richtigen oder unrichtigen, gerechten oder willkürlichen — sozialen Norm sein, die sich ebenso wie das Recht, auf eine physische soziale Macht stützt, ohne jedoch eine rechtliche Regel zu sein. Diesen Begriff wollten wir mit der Benennung „nackte Machtgebote“ bezeichnen. Das unterscheidende Merkmal des Rechtes solchen „nackten Machtgeboten“ gegenüber besteht darin, dass hinter jenem die physisch *stärkste* soziale Macht steht. Da nun sämtliche Gebote, hinter denen die stärkste soziale Macht steht, rechtliche Normen sind, können die „nackten

Machtbefehle“ nur von solchen Gewalten herrühren, die in der betreffenden Gesellschaft *nicht* die stärksten sind. Eine sich betätigende physische Kraft muss aber mit jeder anderen auf demselben Raume in derselben Zeit sich äussernden ähnlichen Kraft notwendig zusammenstossen. Es fragt sich deshalb, ob der „nackte Gewaltbefehl“ in der Richtung der rechtlichen Macht liegt, oder ob er ihr widerspricht? In dem ersten Falle unterstützen sich gegenseitig die stärkste Macht und die schwächere Gewalt, sie fliessen eigentlich zusammen. Im Falle eines *rechtswidrigen* Gewaltbefehles sind wiederum zwei Möglichkeiten denkbar. Bei dem notwendig erfolgenden Zusammenstoss kann sich die „nackte Gewalt“ tatsächlich als die *schwächere* erweisen, in welchem Falle sie das Feld räumen und dem Rechte weichen muss. Das von ihr aufgestellte „blosse Machtgebot“ kann sich bei dieser Sachlage nicht behaupten, kann nicht zu einer tatsächlich geltenden sozialen Norm werden. Es fehlt ihr die Beständigkeit und das tatsächliche Befolgtwerden. In diesem Falle haben wir aber nicht eine neue Art sozialer Normen, sondern blosse *Rechtsverletzungen* vor uns, die zur Verwirklichung der in dem Rechte enthaltenen Drohung Anlass geben. Die andere Möglichkeit besteht darin, dass sich die Rechtsverletzung *stärker* als das Recht erweist. In diesem Falle muss das Recht dem „nackten Machtgebote“ weichen, das Recht stirbt ab, und es entsteht ein neues Recht aus der Gewohnheit oder der siegreichen *Revolution*. Dies ist der einzige Fall, wo man von „nackten Machtgeboten“ als tatsächlich geltenden sozialen Normen reden kann, denn in den beiden zuerst behandelten Fällen kommt es gar nicht zur Bildung von sozialen Normen. Das ganze Problem der Gegenüberstellung von Recht und „blossen Machtbefehlen“ schrumpft also auf das Problem der siegreichen Revolution zusammen. Und in diesem Falle sind die „nackten Machtbefehle“ bereits selber Rechtsnormen, so dass die Berechtigung der Gegenüberstellung gänzlich zu verschwinden scheint. Gewiss, es gibt wohl eine Zeit im Verlaufe solcher verhängnisvoller Erschütterungen des Rechtslebens, wo der Kampf der revolutionären Gewalt mit dem alten Rechte noch unentschieden ist, wo man noch nicht weiss, ob das Verbrechen der Empörung oder eine siegreiche rechtserzeugende Revolution sich auf der Bühne der Geschichte abspielt. In solchen Übergangszeiten,

wo es fraglich ist, ob die vom Rechte angedrohten Konsequenzen den Rechtsverletzer ereilen werden oder nicht, oder ob überhaupt das bestandene Recht noch gilt oder nicht, — beides geht doch auf dasselbe hinaus — haben wir zweifellos anarchische Zustände, Perioden der *Rechtsunsicherheit* vor uns. Hier könnte man mit einer gewissen Berechtigung von „nackten Machtgeboten“ reden, da das Recht eigentlich fehlt. Das alte Recht verlor seine Stabilität: ist also *schon* kein eigentliches geltendes Recht mehr; das neue konnte sich noch nicht stabilisieren: ist also *noch* keine Rechtsnorm. Dem alten Rechte fehlt schon die oben erwähnte gewohnheitsrechtliche Unterlage,²⁵⁾ das neue hat sie noch nicht erhalten. In der betreffenden Gesellschaft fehlt eben die zum Begriffe des Rechtes erforderliche sichere und stärkste soziale Macht. Ist aber, wenn auch nur vorübergehend, eine solche stärkste soziale Macht innerhalb der Gesellschaft entstanden, so erstarken auch ihre „nackten Machtgebote“, bekleidet mit der gewohnheitsmässigen Hülle der Stabilität, zu Rechtsgeboten. Die Anerkennung dieser Tatsache finden wir sogar von Seiten des Legitimitätsstandpunktes in dem staatsrechtlichen *Postliminium*, welches nichts anderes bedeutet, als dass durch den Usurpator Rechtsverhältnisse begründet werden, welche der restaurierte legitime Souverän anerkennt, weil er sie anerkennen muss.²⁶⁾

V. Die Beziehungen des Rechtes zur Macht.

Auf Grund der bisherigen Erörterungen können wir das Verhältnis vom *Recht* zur *Macht* kurz zusammenfassend folgendermassen charakterisieren:

1. *Das Recht als Inbegriff von Normen ist grundverschieden von der Macht.* Recht und physischer Zwang sind nicht gleichbedeutend. Und wenn auch die zur Welt des Sollens gehörende rechtliche Norm als kausal wirkendes Motiv zugleich in die Welt des Seins hinübergreift, *kann sie selbst bloss einen psychischen Zwang ausüben.*

²⁵⁾ Vgl. oben S. 10. 13.

²⁶⁾ Vgl. *Brockhaus*: Das Legitimitätsprinzip. Jena 1868. S. 328. — Vgl. § 9 des ung. Ges. Art. I. v. J. 1920.

2. Dieser psychische Zwang wird aber durch die *Berufung auf eine hinter der Norm stehende physische Macht*, und zwar auf die in einer Gesellschaft bestehende *stärkste Macht*, geübt. *Die Drohung mit dem physischen Zwang ist daher zum Rechtsbegriff notwendig.* Und das Recht steht auch mit dieser ausser ihm gelegenen metajuristischen Tatsache der stärksten sozialen Macht in engster Verbindung. Diese Macht, durch die es aufrecht erhalten wird und mit deren Zusammenbruche es abstirbt, garantiert dem Rechte die tatsächliche Geltung, verleiht ihm den Charakter der *Positivität*. In diesem Sinne, und weil sein spezifischer Unterschied von den anderen sozialen Normarten gerade in der Zwangsandrohung besteht, kann man das Recht als Inbegriff von *Zwangsnormen* bezeichnen.

In ähnlicher Weise hat bereits der heilige *Thomas von Aquin* die oben erwähnten beiden Seiten des Rechtsbegriffes und den Zwangsscharakter der „*lex humana*“ hervorgehoben:

„*lex de sui ratione duo habet; primo quidem quod es regula humanorum actuum; secundo quod habet vim coactivam.*“²⁷⁾

Gegen diese Auffassung des Rechtes könnte man infolge des Zusammenhanges, den sie zwischen Recht und Zwang konstatiert, *zwei* Einwände erheben: *erstens* dass sie zu *eng* sei, denn es gibt Normen, die Rechtsnormen sind und dennoch keine Berufung auf den physischen Zwang enthalten; und *zweitens*, dass sie zu *weit* sei, denn nach ihr müsste man jeden Befehl,

²⁷⁾ Summa theol. prima secundae questio 96 Artikel 5. Aehnlich: s. th. 1. II. q. 95. a. 1: „*Huiusmodi autem disciplina cogens metu poenae est disciplina legum.*“ — Vgl. B. Brands: „Die Bedeutung der Scholastik für die Rechtsphilosophie der Gegenwart mit besonderer Beziehung auf Thomas von Aquin.“ (Archiv f. R. u. Wphil. Bd. VIII. 1914/15.) S. 82—84. — V. Cathrein meint, der Zwang gehöre laut der zitierten Stelle des hl. Thomas nicht zum *Wesen* des Gesetzes, sondern sei nur „eine notwendige *Folgerung* aus dem Zweck und Wesen des Gesetzes. Beide Bestandteile gehören zum Gesetz; der eine macht das *Wesen* des Gesetzes aus, der andere ist ein Erfordernis, um ihm die *Wirksamkeit* zu sichern.“ (Die Grundlagen des Völkerrechts. Archiv f. R. u. Wphil. Bd. X. 1916/17. S. 4.) Dass die Zwangsanwendung ihrer selbst willen nicht der Zweck des Rechtes, sondern dass sie nur ein Mittel zur Verwirklichung des im Rechte als *Norm* enthaltenen Zweckes ist, kann nicht bestritten werden. Auch nach der Cathrein'schen Auslegung „gehört“ aber der Zwang als der eine „Bestandteil“ zum Gesetz, also als eines seiner Elemente auch zum Begriff des Rechtes.

der mit dem physischen Zwange droht, als Rechtsnorm anerkennen. Wir wollen diese Einwände näher betrachten.

1. Unsere Rechtsdefinition wäre demnach erstens zu *eng*, da gewisse Rechtsnormen keine Zwangsandrohung enthielten; so a) die Normen des Gewohnheitsrechtes, b) die „leges imperfectae“ und c) das Völkerrecht. Diese könnte man also schon nicht unter unseren Rechtsbegriff bringen.

a) Was zunächst das *Gewohnheitsrecht* anbetrifft, so scheint hier das Moment der Macht gänzlich zu fehlen: freiwillig, ohne Befehl und Zwang wird die ungeschriebene Norm befolgt. Das ist aber nur ein Schein und treffend bemerkt *Stintzing*, dass es auch mit dem ungeschriebenen Rechte nicht anders ist „als dass die Frage, ob eine Rechtsansicht wirkliches Recht sei, sich dadurch entscheidet, dass ihr die zwingende Kraft zur Seite tritt. Im Hintergrunde steht daher auch hier die Frage der Macht: und von den widerstreitenden Meinungen wird diejenige zum ungeschriebenen Rechte werden, der die Genossenschaft oder das Gericht, von ihr erfüllt, seine Hülfe verheisst und gewährt.“²⁸⁾ „Mit Vorliebe betrachtet man das Mittelalter als die goldene Zeit des Gewohnheitsrechts . . . Glaubt man denn aber, dass die Rechts-Ungleichheit, welche die gesammten sozialen Zustände durchdrang, dass Herrenrecht und Hörigkeit durch die Überzeugung der grossen Masse, die wir Volk nennen, in friedlicher Harmonie damals zum Rechte geworden sei? Ehrlich genug klingt aus jener Zeit herüber das Wort des *Sachsenspiegels* (3, 42, 6): „Na rechter wahrheit so hevet egenscap begin von gedvange unde von vengnisse unde von unrechter walt, die man von aldere in unrechte wohnheit getogen hevet, unde nu vore recht hebben wel.“²⁹⁾ — Ja dem falschen Scheine gegenüber behaupten wir sogar, dass sich das Recht mit der Macht im Gewohnheitsrechte viel enger als im geschriebenen Rechte berührt, dass die Gewohnheitsrechtsnormen grösstenteils „*unmittelbare Rechtsnormen*“ im oben dargelegten Sinne sind. Deshalb konnten wir auch das Gewohn-

²⁸⁾ R. v. *Stintzing*: Macht und Recht. Bonn. 1876. S. 11—12. Vgl. auch *Somló*: A szokásjog. (Das Gewohnheitsrecht. Ungarisch.) Kolozsvár 1914. S. 6. ff.; Juristische Grundlehre S. 350. ff.; *Thomas von Aquin*: s. th. 1. II. 2. 97. Art. 3.

²⁹⁾ *Stintzing* a. a. O. S. 11.

heitsrecht dem Revolutionsrechte auf die Seite stellen und die rechtserzeugende Gewohnheit als eine stille konservative Revolution bezeichnen.

b) Diese Auffassung von den „unmittelbaren Rechtsnormen“ können wir auch bei der Betrachtung der „*leges imperfectae*“ verwerten. Bei den meisten sogenannten „leges imperfectae“ fehlt nur die *ausdrückliche* Zwangsandrohung, *stillschweigend*, aus konkludenten Fakten ersichtlich, ist die Sanktion — gleichsam als eine gewohnheitsrechtliche Ergänzung ihres Inhaltes — auch bei ihnen vorhanden. Unsere Auffassung führt also nicht nur nicht zur Leugnung der Rechtsnatur von solchen „leges imperfectae“, sondern wir gelangten sogar zu der Erkenntnis, dass „in ultima analysi“ das ganze Rechtssystem auf solche „leges imperfectae“ gegründet ist.³⁰⁾ Solche „leges imperfectae“ entsprechen eigentlich ihrem Namen nicht, denn stillschweigend, aus konkludenten Fakten ersichtlich, sind sie auch mit einer Sanktion verbunden. Falls dies bei einer „lex imperfecta“ nicht zutrifft, haben wir auch zweifellos keine Rechtsnorm, sondern entweder eine moralische Verpflichtung oder vielleicht nur einen frommen Wunsch vor uns. Bei den *staatsrechtlichen* „leges imperfectae“ haben wir es meistens mit unmittelbaren Rechtsnormen zu tun, die in unmittelbarer Berührung mit der höchsten sozialen Macht stehen, die als ihre Garantie hinter ihnen steht. Ausserdem haben diese staatsrechtlichen „leges imperfectae“ oft einen ausgesprochen moralischen Charakter und es reichen auf manchen Gebieten des staatlichen Lebens die moralischen Verpflichtungen viel weiter als die rechtlichen Pflichten. Bei den *privatrechtlichen* sogenannten „leges imperfectae“ haben wir es andererseits meistens mit Rechtsnormen zu tun, deren Sanktion, also auch deren tatsächliche Geltung, durch eine andere Rechtsnorm gewissermassen eingeschränkt wird. Wenn wir also in einem solchen Falle den aus mehreren Rechtsnormen herauslesbaren, einheitlichen Rechtswillen als ein zusammenhängendes Ganzes betrachten, fehlt ihm sicherlich nicht die Sanktion: eine „lex imperfecta“ ist also gar nicht vorhanden. Das ist der Fall bei allen sogenannten „*naturales obligationes*“, die zweifellos keine bloss moralische oder

³⁰⁾ Vgl. oben unter III. 3. (S. 10.)

konventionale Verpflichtungen bedeuten, denn es knüpfen sich an sie mit rechtlichen Sanktionen versehene Wirkungen. Sehr instruktiv ist in dieser Hinsicht z. B. § 5. des ung. Ges. Art. VIII. 1877.³¹⁾ oder § 762. des deutschen BGB,³²⁾ die eine „naturalis obligatio“ durch Hervorhebung ihrer *rechtlichen* Wirkung begründen.

c) Die Auffassung von den „unmittelbaren Rechtsnormen“ können wir endlich auch auf die Betrachtung des *Völkerrechts* anwenden. Unzweifelhaft scheint es, dass wir bei den tatsächlich geltenden Sätzen des Völkerrechtes, die wirklich lebendes Recht enthalten, mit solchen „unmittelbaren Rechtsnormen“ zu tun haben. Dass die Verbindung von Recht und Macht im internationalen Rechte gänzlich fehlen sollte, ist unzutreffend; vielmehr ist diese Verbindung nirgends so eng als gerade hier. Im Völkerrechte fließen die Machtverhältnisse unmittelbar in Rechtsverhältnisse über. Charakteristisch dafür ist die Bezeichnung der Staaten im internationalen Leben als „Mächte“. Deshalb ist es nicht angebracht, dem Völkerrechte den Rechtscharakter deshalb abzuspochen, weil seine Normen keine Zwangsandrohung, keine Sanktion enthielten. Neben starken Garantien anderer Art, wie das Interesse der Staaten,³³⁾ der immer bedeutender werdende soziale Faktor der öffentlichen Meinung, etc., stehen unleugbar auch physische Zwangsandrohungen hinter den Normen des internationalen Rechtes. Hinter dem *Friedensrechte* steht als seine letzte Garantie die Drohung mit dem Kriege; und was ist der Krieg anderes, als Zwangsanwendung im Grossen, der infolge seines aleatorischen Charakters auch für die mächtigsten Staaten ein fürchterliches Übel bedeutet; die strengsten physischen Zwangsandrohungen des innerstaatlichen Rechtes, wie die Todesstrafe, sind nur ein Zwang im Kleinen dagegen. Und wo die Drohung mit dem Kriege

³¹⁾ 1. Abs.: „... die Rückerstattung der über das gesetzliche Mass bedungenen und entrichteten Zinsen kann nicht gefordert werden.“

³²⁾ 1. Abs.: „Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit *nicht* begründet. Das auf Grund des Spieles oder der Wette geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.“

³³⁾ „Hier ist das Interesse das die Treue, und die Treue die das Interesse schützt.“ (Jellinek.)

wegfällt, hinter den Bestimmungen des *Kriegsrechtes*, steht die Zwangsandrohung mittels der Repressalien.³⁴⁾

Hinter dem Völkerrechte steht daher als Garantie ihrer Verwirklichung ebenfalls eine physische Macht: im internationalen Leben bildet sich aus dem unmittelbaren kriegesischen Ringen der Kräfte oder durch politische Gruppierungen der Mächte ein gewisser Gleichgewichtszustand der Kräfte aus, der einzelnen Mächten oder einzelnen Gruppen von Mächten das Übergewicht sichert, und je nach den historischen Umständen eine aristokratische oder eine mehr demokratische Färbung haben kann. Dieses meistens unorganisierte Mächtegleichgewicht ist imstande bei der Regelung der internationalen Verhältnisse seinen Willen durchzusetzen; es erhebt diesen zu Normen des internationalen Rechtes und steht als Garantie ihrer Verwirklichung hinter ihnen. Dieses Mächtegleichgewicht kann sogar eine gewisse Organisation erhalten, — das „Konzert der Grossmächte“ vor dem Weltkriege, oder der „Oberste Rat“ der Ententehauptmächte sind charakteristische Erscheinungen dieser Art — ohne dabei die Gestalt der „civitas maxima“ anzunehmen. Jede solche Organisation ist aber zweifellos ein Schritt in dieser Richtung. Bei einem jeden Krieg, der das internationale Mächtegleichgewicht wesentlich tangiert, kommt die im Gleichgewichtszustand sich äussernde Macht und mit ihr das internationale Recht ins Wanken; ebenso wie bei revolutionären Umwälzungen der innerstaatlichen Machtverhältnisse das innerstaatliche Recht ins Wanken gerät. Und ebenso wie bei den Revolutionen, wird auch bei den grossen Kriegen, diesen Revolutionen auf dem Gebiete des Völkerrechts, die Änderung der Machtverhältnisse durch Änderung des Rechtes begleitet. Die während des Weltkrieges so oft wiederholte Behauptung, dass in den Flammen des Weltbrandes auch das Gebäude des Völkerrechtes zu Grunde gegangen wäre, bedeutete nichts anderes, als die Konstatierung dieser revolutionären Rechtsunsicherheit und Anarchie, die Feststellung dessen, dass gewisse Völkerrechtssätze beseitigt, und die sich bildenden neuen noch nicht

³⁴⁾ Für die Beobachtung des Kriegsrechtes ist „die Furcht vor Repressalien ausschlaggebend.“ („Kriegsgeschichtliche Einzelschriften“ des deutschen Generalstabes. Heft 31.)

deutlich genug stabilisiert waren. Die Geschichte des Völkerrechts beweist, dass die grossen Kriege die mächtigsten treibenden Faktoren seiner Entwicklung waren. Es ist nicht blosser Zufall, dass die erste grosse Entwicklungsperiode des Völkerrechts mit dem westphaler Frieden zusammenfällt, oder dass der Abschluss der napoleonischen Kriege eine weitere Aufschwungsperiode in dieser Entwicklung bedeutet. Nach dem letzten Weltkriege ist auch Manches — Gutes oder Böses — in dieser Richtung zu erwarten.

Das internationale Mächtegleichgewicht repräsentiert die physisch stärkste soziale Macht auf Erden. Es ist wohl imstande auch gegenüber den einzelnen Staaten physischen Zwang auszuüben, ja dieser Zwang kann sogar bis zur Vernichtung der staatlichen Existenz gehen. Nicht nur der gänzliche Verlust der völkerrechtlichen Rechtssubjektivität, sondern verschiedene Schmälerungen derselben — z. B. Neutralisierung — kann dem einzelnen Staate durch die internationalen Machthaber aufgezwungen werden, wie denn auch die Entstehung des Staates aus den Erschütterungen des Mächtegleichgewichtes im weltgeschichtlichen Ringen der Kräfte hervorgeht und erst mit der völkerrechtlichen „Anerkennung“ abgeschlossen, stabilisiert ist. Bezeichnend genug, dass diese „Anerkennung“ dem internationalen Gebrauche gemäss, immer dem faktischen Gewalthaber erteilt wird.³⁵⁾ Aber nicht nur in dieser Frage des Seins oder Nichtseins, der Entstehung oder des Unterganges der Staaten entscheidet die internationale Übermacht, sie kann und wird in sämtlichen Fragen des staatlichen Lebens, die für sie von Wichtigkeit sind, Pression und Zwang gegen die Staaten anwenden; wie denn auch die Grenzen derselben durch sie gezogen werden. Nach dem anschaulichen Unterrichte, den die Ereignisse der letzten Jahre über diesen Gegenstand erteilt haben, braucht man wohl nicht länger dabei zu verweilen.

So kommen wir zu dem Ergebnisse, dass in ultima analysi alles Recht, auch das innerstaatliche, auf dem internationalen Mächtegleichgewicht beruht. In allererster Linie darauf, dass der betreffende Staat infolge seiner internationalen Lage — und

³⁵⁾ Äusserst charakteristisch sind z. B. die in allerjüngster Zeit zwischen dem Heiligen Stuhl und Sowjetrussland angeknüpften Beziehungen.

bei der Gestaltung dieser Lage ist die ihm immanente eigene Kraft ebenfalls mitbestimmend — sein Plätzchen unter der Sonne behaupten und damit die Geltung des von ihm gesetzten Rechtes auf diesem Plätzchen verteidigen kann. Aber auch bei der inhaltlichen Gestaltung dieses nationalen Rechtssystems wird manches von der internationalen Übermacht diktiert; das Übrige, das für sie vom minderen Interesse ist, gleichsam von ihr stillschweigend akzeptiert. *Alles Recht hat seine tiefsten Wurzeln im Völkerrecht.* Hinter dem Rechte muss — so sagten wir — als Garantie seiner Verwirklichung die stärkste soziale Macht stehen, und diese Macht ist — ohne dass sie in der festen staatlichen Organisationsform eines Weltstaates zu erstarren brauchte — die Kraftresultante des internationalen Mächtegleichgewichts.

Gewiss, diese Auffassung steht mit der herkömmlichen Lehre von der staatlichen *Souveränität* im Widerspruch. Die Vorstellung eines nicht nur nach innen höchsten, sondern auch nach aussen gänzlich unabhängigen Staates, der ausschliesslich durch seinen eigenen Willen bestimmt ist, ist aber bei der heutigen Entwicklung der internationalen Verhältnisse nicht aufrechtzuhalten. Die Souveränität bedeutet bloss, dass die Staatsbürger und Staatsorgane das vom Staate gesetzte Recht anerkennen müssen ohne noch weiter nach seiner juristischen Grundlage zu fragen. Sie bedeutet aber nicht, dass dieses Recht von äusseren Einflüssen frei zustande gekommen wäre. Der Normerfasser muss irgendwo halt machen und irgendeine Norm als die oberste annehmen. Für die Staatsbürger und Staatsorgane bedeutet nun der Souveränitätsbegriff diese Haltestelle.³⁶⁾ Wenn der Souveränitätsbegriff auf diese Weise eine Haltestelle, einen Grenzbegriff für die praktische juristische Prüfung bedeutet, ist er

³⁶⁾ Vgl. Bodin De Republica lib I. c. 8: „Maiestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas“. „Sed plurimum distat lex a jure. Est enim lex nihil aliud quam summae potestatis jussum.“ „Nam si „legibus omnibus solutam definiamus, nullus omnino princeps jura maiestatis habere comperiat, cum omnes teneat lex divina lex item naturae, tum etiam lex omnium gentium communis, quae a naturae legibus ac divinis divisa habet rationes.“ — Bezeichnend ist, dass die Tributpflicht nach Bodin keine eigentliche Schmälerung der Souveränität des tributpflichtigen Staates bedeutet. Vgl. Landsberg: Der Souveränitätsbegriff etc. Leipzig 1896. S. 44.

mit dem Begriffe der „unmittelbaren Rechtsnormen“, deren rechtliche Gültigkeit nicht auf Grund einer anderen Rechtsnorm dargetan werden kann, sondern deren rechtliche Natur durch die unmittelbar hinter ihnen stehende Macht garantiert wird, bei denen also jede theoretische juristische Prüfung notwendig Halt machen muss, in naher Verwandtschaft: der Begriff der „unmittelbaren Rechtsnormen“ ist eben die Endstation, wo eine „Metabasis eis allo genos“ stattfinden muss. Die Begriffe der „unmittelbaren Rechtsnormen“, des *Völkerrechts*, der *Revolution*, des *Gewohnheitsrechtes* und der *Souveränität* gehören demnach eng nebeneinander.

Überaus interessant und lehrreich sind von unserem Standpunkte die neueren Erörterungen *Krabbes*, *F. Sanders* und *Kelsens*.³⁷⁾ Alle drei erblicken im Völkerrechte, um das von *Sander* zitierte Wort *Konstantin Frantz'* zu wiederholen, die Krone alles Rechts, woraus alles andere Recht erst sein volles Licht erhält.³⁸⁾ Allerdings kommen die genannten Autoren von einer anderen Grundauffassung geleitet, auf Grund anderer Voraussetzungen und eines anderen Rechtsbegriffes zu dem erwähnten Resultate, und so sind wir uns dessen vollständig bewusst, dass wir sie nicht weitergehend zur Unterstützung unserer Ansicht anführen können, wie wir uns andererseits auch

³⁷⁾ H. *Krabbe*: Die Lehre der Rechtssouveränität. Groningen 1906; Dr. Fritz *Sander*: „Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung.“ Leipzig u. Wien 1919. (Separatabdruck aus der Zeitschrift für öff. Recht, I. Bd.); H. *Kelsen*: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Tübingen 1920.

³⁸⁾ A. a. O. S. 23. — Vgl. *Krabbe*, a. a. O. S. 228: „In dem internationalen Recht hat ja die ganze Staatspersönlichkeit ihre Wurzeln und auf ihm beruht deren ganze Kompetenz.“ Ferner S. 184; 225—229; 246, 247. — *Sander*, a. a. O. S. 10: „Über dem Stufenbaue des Staatsrechts erhebt sich der Stufenbau des Völkerrechtes“, welches er „als höchste Stufe“ „in dem alles Staatsrecht eingewurzelt ist“ „in das Weltrechtssystem einstellt“. (S. 23.) Ferner S. 25, 32—33. — *Kelsen*, a. a. O. S. 137: „Durch die in der Grundnorm oder Quelle des Völkerrechts vorgenommene Delegation der staatlichen Rechtsordnung sind diese als der Völkerrechtsordnung unterstellt, und letztlich mit dieser zu einem einheitlichen Normensystem zusammengefasst zu erkennen.“ Ferner S. 133, 149, 190, 196, 204, 236, 238, 274, 314—320.

nicht mit ihren sonstigen Ausführungen identifizieren möchten.³⁹⁾

³⁹⁾ Besonders scheint es, als ob sie die Notwendigkeit des erwähnten „Überganges ins andere Genus“ nicht einsehen könnten. Sie wollen an die Grenzen der juristischen Prüfung gelangen, ohne an die angrenzenden metajuristische Fakta anzustossen. Sie glauben bei der Auffindung der juristischen Grenzbegriffe innerhalb der Welt der besonderen rechtlichen Inhalte verbleiben zu können und scheinen das bekannte Bravourstück des Baron Münchhausens zu wiederholen, der sich an dem eigenen Zopf aus dem Sumpfe zog. So erklärt *Krabbe* a. a. O. S. 163, dass „die Basis des Rechts nicht ausserhalb, sondern innerhalb des Rechtes selbst liegt“, und es ist von diesem Standpunkte aus konsequent, wenn er die behauptete „Prävalenz des internationalen Rechts vor dem nationalen“ darauf gründet, dass die dem einzelnen Staate verliehene Befugnis, bestimmten Interessen Rechtswert zu erkennen, dem internationalen Rechte selbst entnommen ist (a. a. O. S. 184). Dieser Zirkel kommt noch deutlicher zum Ausdruck in seiner Auffassung vom Verhältnis des Rechtes zum Zwang: „das Recht (fordert) — wird auf S. 185 ausgeführt —, für deren (sc. der Norm) Durchsetzung Zwang“, und „die Ausübung von Zwang zu diesem Zwecke durch die Organe des Staates (ist) — so heisst es auf S. 186 — die Erfüllung einer Rechtspflicht; dass man also sagen kann, *das Recht handhabe sich selbst*, was dann wiederum die selbständige Geltung des Rechts zum Ausdruck bringt.“ Der „radix malorum“ liegt in der Gleichsetzung von Gehorsam und Zwang: „Die Gewalt oder die Macht kann nur der Ausfluss des ihr bewiesenen Gehorsams sein“ (S. 124). — Auch *Sander* verkündet „die Ablehnung der Aufnahme jedes metajuristischen Faktums in das Rechtssystem“ (a. a. O. S. 31). Seine „reine Rechtswissenschaft „untersucht nur funktionale Beziehungen zwischen Rechtssätzen“ (S. 12). „Die ‚Welt‘ der reinen Rechtswissenschaft bedeutet nur Rechtssätze“ (S. 33). Um nun die unendliche Vielheit der Rechtssätze zur einheitlichen „Welt“ des „Weltrechtssystems“ zusammenfassen zu können, braucht *Sander* eine „einheitliche Voraussetzung“ eine „einheitliche Methode“, die nur in einer „Hypothese“ bestehen kann, denn „die Einheit des Rechtssystems kann nicht in einer erfahrbaren Tatsache, im Materiale der . . . Gesetze, sondern nur in einer Hypothese gefunden werden“ (S. 9). Und diese Hypothese ist die „Hypothese der Weltverfassung“, die also bloss „einen konstitutiven Grundbegriff, eine Kategorie der reinen Rechtswissenschaft (bedeutet)“ (S. 33). Abgesehen davon, dass er selbst schon ein „metajuristisches“ Element, eine „Hypothese“ an das Material der Rechtssätze heranbringt, bedeutet also die Unterordnung des nationalen Rechtes unter das internationale bei *Sanders* eine „*petitio principii*“, denn er geht ja von der Forderung eines „einheitlichen Weltrechtssystems“ als unbewiesener Annahme aus, und gelangt am Schlusse seiner Untersuchungen zur „Hypothese der Weltverfassung“, die eigentlich wieder nichts anderes als „die Idee der Totalität“ des Weltrechtssystems bedeutet. — Auf die heiklen Fragen, wie er ohne zuvor einen festen Rechtsbegriff zu haben aus dem „Urmateriale“ „gewisser urkundlich fest-

2. Unsere Untersuchungen führen also zu dem Ergebnis, dass der Zusammenhang zwischen Recht und Macht nirgends so unmittelbar und eng ist, als gerade bei den Normen des Gewohnheitsrechtes, bei den „leges imperfectae“ (wenn sie wirkliche Rechtsgebote sind) und bei den Regeln des Völkerrechtes.

gelegter Sprachhandlungen“ für seine juristische „Welt“ die einzelnen *Rechtssätze* herausfindet (S. 13—14), ferner, wie er ohne einen ausserhalb der Rechtssätze stehenden Masstab zu haben, zwischen Rechtssätzen „höherer Stufe“ und „niederer Stufe“ unterscheidet (S. 22), endlich wie er im Falle einer Revolution auf dem Gebiete des Völkerrechts, d. h. bei einem Bruche des Völkerrechtes selbst „durch brutale metarechtliche Tatsachen“, die „Kontinuität der Rechtsordnung“ verbürgt haben will, — wollen wir nicht näher eingehen. — Wir können uns auch nicht eingehend mit dem Werke *Kelsens* befassen. Das über Sander Gesagte gilt grundsätzlich auch hier. Für *Kelsen* ist die Einheit des Weltrechtssystems bloss eine Forderung des auf die normative Betrachtung übertragenen „Grundsatzes der Erkenntnisökonomie“ (S. 98—99). „Denn das Postulat der Einheit der Erkenntnis gilt unbeschränkt auch für die normative Ebene und findet hier seinen Ausdruck in der Einheit und Ausschliesslichkeit des als gültig vorausgesetzten Normensystems“ (105). „Die Einheit des Erkenntnisstandpunktes fordert gebieterisch eine monistische Anschauung“ des Rechtes (123). Diese monistische Konstruktion kann aber mit Hilfe von *zwei juristischen Hypothesen* erfolgen: entweder mittels der Hypothese von dem „Primat der staatlichen Rechtsordnung“ oder durch die von dem „Primat der Völkerrechtsordnung“. Da die erstere Hypothese zur Leugnung des Völkerrechts (133, 149, 190, 196), und infolge der ihr innewohnenden „subjektivistischen Tendenz“ sogar zur „Negation des Rechtes überhaupt und sohin der Rechtserkenntnis, der Rechtswissenschaft“ führt (317): muss die „Hypothese vom Primat der Völkerrechtsordnung“ als Grundlage der monistischen Rechtsanschauung angenommen werden. In dieser Hypothese liegt zugleich auch der Grundgedanke des Pazifismus und eine sittliche Idee (204, 319). Vgl. S. 93, 97, 103, 133, 188, 190, 204, 236, 238, 249, 253, 274, 314—320. — *Kelsen* scheint beim Völkerrechte übrigens die Beziehung zur *Macht* herauszufühlen, ohne jedoch die wahre Bedeutung derselben für den Rechtsbegriff zu würdigen, wenn er erkennt, dass das „Moment der *Faktizität*“ in der Sphäre des Völkerrechts sehr oft „zu einem *Rechtsprinzip* erhoben wird“ (240). „Freilich gerät hier das Völkerrecht — führt er weiter aus — an die äusserste Grenze des Bereichs normativer Erkenntnis, an die äusserste Grenze des Rechtes. Es ist vielleicht gerade noch Recht, wenn es — den fundamentalen Gegensatz von Sein und Sollen gefährdend — zwar nicht jede faktische Macht als Rechtsmacht zu etablieren bemüht ist, aber doch *nur* eine bestimmte *faktische* Macht als Rechtsmacht gelten lassen will. Und in dieser Schwäche des Völkerrechts gegenüber der faktischen Macht, in dieser Neigung des Völkerrechts, vor den Tatsachen zu kapitulieren, zeigt sich seine wahre Schwäche als Recht“ (241).

Man findet demnach keine Rechtsnormen, bei denen das Moment der Zwangsandrohung fehlen würde. Wie steht es aber mit der anderen Frage, ob jede Zwangsandrohung, jeder Befehl, hinter welchem die physische Gewalt steht, bereits eine Rechtsnorm ist? Damit kommen wir zu dem erwähnten *zweiten* Einwande, den man gegen unsere Auffassung machen könnte, dass sie nämlich zu *weit* gefasst sei.

Auf diesen Einwand haben wir bereits bei der Abgrenzung des Rechtes von den „nackten Machtbefehlen“ die Antwort erteilt, dass die blossе Zwangsandrohung noch nicht genügt einen Befehl zur Rechtsnorm zu erheben, sondern dass dazu noch notwendig ist, dass die Zwangsandrohung von der stärksten sozialen Macht herrühre. Zum Begriffe der stärksten sozialen Macht gehört nun auch eine gewisse Beständigkeit und Stabilität, so dass die Rechtsnormen im Gegensatze zu den „nackten Machtbefehlen“ immer mit einer gewohnheitsmässigen Hülle bekleidet erscheinen.⁴⁰⁾ Es besteht also zwischen der Macht, welche hinter dem Rechte, und die hinter den „blossen Machtbefehlen“ steht, in erster Linie ein *gradueller* Unterschied. Wie dieser *quantitative* Unterschied zu äusserst wichtigen *qualitativen* Unterschieden führen kann und von Ausnahmefällen abgesehen wirklich führt, werden wir bei der Betrachtung der Beziehungen des Rechtes zur Moral sehen.

Äusserst lehrreich über das Verhältnis des Rechts zu blossen Machtbefehlen sind die feinen Bemerkungen des heiligen *Augustins*. „Wenn wir die Gerechtigkeit beiseite schieben — lesen wir in „De civitate Dei“ 4. 4. — was sind die Staaten anderes als grosse Räuberbanden? Denn was sind die Räuberbanden anderes als kleine Staaten? . . . Denn eine feine und richtige Antwort wurde Alexander dem Grössen von einem gefangengenommenen Seeräuber erteilt. Als nämlich der König diesen Menschen fragte, was er denke, dass er die Sicherheit des Meeres derart gefährdete, antwortete ihm dieser mit kühnem Trotze: „Dasselbe, was Du, der Du dies mit der ganzen Welt tust: da ich es aber mit einem kleinen Schiffe tue, werde ich Seeräuber genannt, Du aber, weil Du es mit einer grossen Flotte tust, Imperator.“ Allerdings meint Augustin, dass ein Staat, der

⁴⁰⁾ Vgl. oben S. 21. 13. 10.

diesen Namen wirklich verdienen soll, die Gerechtigkeit beobachten muss. Es ist aber auch das Gegenteil möglich, es kann auch einen ungerechten Staat und ein ungerechtes Recht geben, wie denn Augustin an einer anderen Stelle (5, 21) selber bemerkt: „Regnum terrenum (dat Deus) et piis et impiis, sicut ei placet, cui nihil injuste placet.“ Und in einem Staate der Bolschewisten, die ehrlich genug sind, die „Ideologie“ der Moral offen bei Seite zu schieben, oder in einem Rechte, welches aus den Friedensverträgen von Trianon und Versailles entspringt, aber auch in dem heiligen Zarenreiche Tolstojs, würden wir die Gerechtigkeit wohl vergeblich suchen. Jedenfalls würde man aber irren, wenn man das Gleichnis des augustinischen Seeräubers, das nur auf solches Recht gemeinster Sorte zutrifft, auf das Recht schlechthin anwenden wollte.

Dass Rechtsnormen und „nackte Machtgebote“ einander nahe verwandt sind, lehrt uns in anschaulicher Weise die soziale Erscheinung der *Revolution*. Ist die revoltierende Macht schwächer als die hinter dem Recht stehende, so haben wir das Verbrechen der Empörung vor uns; ist sie stärker, und stabilisiert sie sich, so reden wir von revolutionärer Rechtsentstehung. Diese Tatsache leugnen, hiesse die Lehren der Geschichte zu ignorieren, in deren Laufe häufig genug durch Rechtsbruch (Eroberung, Annexion, Usurpation, Revolution oder Staatsstreich) neues Recht entstanden ist.⁴¹⁾ Und wer die Möglichkeit *illegitimer* Rechtsentstehung bezweifeln würde, könnte der überhaupt noch im heutigen Europa Rechtsgebote anerkennen?⁴²⁾ Aber auch ganz abgesehen von den Lehren der Erfahrung, muss man infolge der Unmöglichkeit eines „regressus ad infinitum“ zur Einsicht der Unmöglichkeit ausschliesslich legitimer Rechtsentstehung gelangen; das Gegenteil zu beweisen hiesse eine „probatio diabolica“ zu unternehmen. Wenn also die *Legitimitätstheorie* die *Unmöglichkeit* der illegitimen Rechts-

⁴¹⁾ Vgl. *Stammler*, Wirtschaft u. Recht 1. Aufl. S. 493; *Somló*: Jur. Grundl. S. 117; *Jhering*: Zweck im Recht. III. 1878. Bd. I. S. 251; *Kirchmann*: Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral. 1869. S. 64.

⁴²⁾ Vgl. *Somló*: A szokásjog. S. 8; *Bismarck*: Gedanken u. Erinnerungen 1905. I. S. 198: „Wie viele Existenzen gibt es noch in der heutigen politischen Welt, die nicht in revolutionärem Boden wurzeln?“ Dieses Wort Bismarcks hat *heute* an Wahrheit wohl noch gewonnen.

entstehung behauptet, wenn sie den Standpunkt vertritt, aus Rechtsverletzung könne niemals Recht entstehen, so ist sie völlig im Unrecht. Die legitimistische Ansicht könnte höchstens die *Unrichtigkeit* der illegitimen Rechtsentstehung behaupten, d. h. dass es politisch unerwünscht oder sittlich verwerflich sei, durch Rechtsbruch ein neues Recht zu begründen. In dieser Formulierung liegt sicherlich viel Wahrheit in der Legitimitätstheorie. Der Gedanke der Unzerstörbarkeit des Rechtes ist von hohem, wenn auch nicht vom höchsten sittlichen Werte. Und es gibt sicherlich nichts, was gefährlicher für ein Gemeinwesen wäre, als die revolutionäre Erschütterung seiner feststehenden Rechtsordnung, der innere Umsturz. In dieser Formulierung bewegt sich aber die Legitimitätstheorie nicht mehr auf dem Felde der tatsächlichen Konstatierungen, sondern auf dem der politischen und sittlichen Wertungen; sie kann sich deshalb vor anderen politischen und sittlichen Argumenten nicht verschliessen, kann keine absolute Geltung für sich beanspruchen: sie ist bloss einer der Kämpfer auf dem Schlachtfelde politischer Argumentationen.⁴³⁾ Und es können Situationen im Leben der Völker und Staaten vorkommen, wo das politische und sittliche Argument der Legitimität vor anderen, höheren politischen und sittlichen Forderungen weichen muss. Es sind das die *politischen Notstände* im Leben der Nationen, die sich zu der Alternative zuspitzen: das Recht oder das Leben. Wenn in solchen Fällen die Gewalt eingreift, das Recht opfernd und das Leben rettend, kann der Sieg der politischen und nationalen Forderungen über das Legitimitätsprinzip nicht betrauert werden. Denn das Recht ist nicht das Höchste in der Welt, nicht Selbst-

⁴³⁾ Vgl. *Brockhaus*: Das Legitimitätsprinzip. 1868. S. 323: „Das Vorhandensein fester Rechtsordnungen, welche durch illegitime Monarchen errichtet werden, ebenso wie die vollständige Machtlosigkeit des depossedierten Souveräns (scheint) jeder Bedeutung der Legitimität auf dem Gebiete des Staatsrechts zu widersprechen.“ S. 324—325: „Daraus ergibt sich . . . die vollständige juristische Irrelevanz der Illegitimität . . . Die Legitimität tritt somit ganz aus dem Juristischen heraus: sie stellt sich . . . als das sittlich u. politisch wertvolle, staatsrechtlich aber vollständig wertlose Merkmal des Ursprungs eines Monarchen oder einer ganzen Dynastie (dar). Die Legitimität des depossedierten Herrschers wird regelmässig längere Zeit hindurch eine Mahnung an die Sittlichkeit, an die Treue und den Rechtssinn der Nation sein.“ — Vgl. *Stammler*: Wirtschaft und Recht S. 510—514.

zweck, sondern lediglich ein Mittel zum Zwecke des Lebens, im Dienste der Nation und der Menschheit.⁴⁴⁾

Die entwickelte Ansicht über die Möglichkeit der illegitimen Rechtsentstehung steht in einem gewissen Gegensatz mit der Auffassung, die wir ungarische Juristen als eine von Generation zu Generation fortgepflanzte Tradition überliefert bekommen haben. Die *ungarische* Jurisprudenz und öffentliche Meinung klammerte sich immer mit einer solchen Glut der Überzeugung an den Gedanken der Unverletzbarkeit der Rechtsordnung, die vielleicht nirgends auf der Welt ihres gleichen findet. Die ungarische Verfassung ist tausend Jahre alt, und die ungarische Rechtsgeschichte kennt bis auf die allerjüngsten Zeiten keine revolutionäre Rechtsentstehung. Wir haben da eine Kontinuität der Rechtsentwicklung vor uns, an der die juristische Fachliteratur der Welt, — wenn wir nicht ein kleines, verlassenes Volk wären — viel mehr Bewunderungswürdiges finden würde, als an der vielgepriesenen Kontinuität der englischen Verfassung. Gewiss, die ungarische Geschichte kennt auch Verfassungskämpfe, sie sind aber — die traurigen Ereignisse der letzten Jahre ausgenommen — ausnahmslos Kämpfe um die Verteidigung des bestehenden Rechtes. Es äussert sich ein hartes Schicksal darin, dass wir eine Dynastie gehabt haben, die 400 Jahre hindurch der Nation im Fühlen und Denken fremd geblieben ist, die auf die Macht anderer Provinzen gestützt immerwieder unsere Verfassung bedrohte, und gegen die die Nation im Kampfe auf Leben und Tod ihr herkömmliches Recht, ihre staatliche Existenz zu verteidigen hatte. In diesem Kampfe bedeutete das Recht für die Nation zugleich auch das Leben. Und die unerschütterliche Stärke des mit dem nationalen Gedanken vereinten Rechtsgedankens äussert sich darin, dass das bestehende Recht gegen alle Versuche der Vernichtung verteidigt wurde. Den innigen Hang am hergebrachten Rechte beobachteten wir andererseits in den Ereignissen der jüngsten Tage, als nur die stärkste äussere Pression die ungarische Nation davon zurückhalten konnte, ihrer legitimen Dynastie, von der sie im Laufe der Jahrhunderte soviel Leid zu erdulden hatte,

⁴⁴⁾ Vgl. *Jhering: Zweck im Recht*. III. Aufl. Bd. I. S. 250—252. *Brockhaus*, a. a. O. S. 161.

trotz alledem die Rückkehr möglich zu machen und dem gekrönten König die Ausübung der ihm verfassungsmässig zustehenden Herrscherrechte zu übertragen.

Die Grundlage der heutigen ungarischen Verfassung — die Lehre von der heiligen Krone — ist im Mittelalter bereits entwickelt; sie hat die Stürme der Jahrhunderte siegreich überstanden. Ist es ein Wunder, dass diese in der alten Verfassung lebende Kraft, durch die Wucht einer Weltkatastrophe zerschmettert bei all' ihren schmerzhaften Zuckungen die Hoffnung auf einen endlichen Sieg der traditionellen Mächte nicht aufgeben und nicht lautlos in das eng bemessene Grab steigen kann? Ist es ein Wunder, dass bei dieser Bedeutung der Tradition und des hergebrachten Rechtes die Tatsache der illegitimen Rechtsentstehung auch wenig Beachtung findet?

Aber wenn wir die ungarische Rechtsentwicklung näher betrachten, finden wir darin ebenfalls kleinere Diskontinuitäten. Auch bei einem Bruche der Verfassung, der von oben her kommt, können bei der „restitutio in integrum“ Situationen sich ergeben, in denen die Herstellung des verfassungsmässigen Zustandes zwar möglich ist, der Weg zu diesem Ziele aber vom Standpunkte des Staatsrechts nicht einwandfrei sein kann. Als im Jahre 1867 nach dem Absolutismus die Verfassung hergestellt wurde, waren solche staatsrechtliche Schwierigkeiten nicht zu vermeiden.⁴⁵⁾ Und auch bei der heutigen staatsrechtlichen Lage ist es unzweifelhaft, dass — wenn die Herstellung des vorrevolutionären Rechtes auch möglich wäre — dies nur durch Faktoren bewirkt werden könnte, die selber revolutionären oder gegenrevolutionären Ursprungs und zu solchen Funktionen nach dem alten Rechte nicht berechtigt sind. Die wieder in Funktion tretenden legitimen Institutionen würden also selber illegitimen Ursprungs sein. Dies würde aber auch in dem Falle eine Diskontinuität der Rechtsordnung bedeuten, wenn sämtliche alten

⁴⁵⁾ Sowohl der Reichstag vom Jahre 1861 als auch vom Jahre 1865, — die die Schaffung der 1867-er Ausgleichsgesetze vorbereiteten wurde z. B. vom österreichischen Kaiser zusammengerufen, der dazu im Sinne der ungarischen Verfassung keine Berechtigung haben konnte. Bis 1867 war Ferdinand V. rechtlich König von Ungarn, Franz Joseph I. war bloss faktischer Gewalthaber. Vgl. Réz: „A jogfolytonosság és a legalitás.“ (Die Rechtskontinuität und die Legalität. Ungarisch.) Magyar Figyelő III. 1913. S. 168, 175.

Institutionen wieder gänzlich unverändert aufgerichtet werden könnten. Das wird bei der heutigen Lage der Dinge aber ebenfalls unmöglich sein, und man kann und wird bloss die Herbeiführung eines Zustandes erstreben, der dem Geiste und den grundlegenden Prinzipien der hergebrachten tausendjährigen Verfassung entspricht. Auch in der kontinuierlichsten Rechtsentwicklung finden sich also Diskontinuitäten, so dass auch für solche Rechtssysteme der Gedanke der ausschliesslichen legitimen Rechtentstehung wohl eine politische Forderung, aber keine wissenschaftliche Feststellung bedeuten kann.

Die Untersuchung der ungarischen Rechtsauffassung ist von unserem Standpunkte aus auch in einer anderen Beziehung lehrreich. Wie sehr auch die Revolution, die illegitime Rechtentstehung im Grossen, durch sie verurteilt wird, ist die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechtes, die allmähliche illegitime Rechtentstehung im Kleinen, von altersher anerkannt. Schon *Werböczy* sagt in seinem Tripartitum: „(Consuetudo) . . . habet virtutem derogatoriam, quia derogat legi, quando est contra legem.“⁴⁶⁾ Die Möglichkeit dessen, dass faktische revolutionäre Einrichtungen durch die Pforte der Gewohnheit in das Heiligtum des Rechtes hineingelangen, ist auch nach der ungarischen Rechtsauffassung nicht ausgeschlossen; was in vollem Einklange mit unserer Auffassung steht, wonach die Gebote der stärksten sozialen Macht erst nach der Bekleidung mit dem konservativ gefärbten Gewande der Gewohnheit den Rechtscharakter erwerben. Und wenn wir sagen konnten, die rechtsbildende Gewohnheit wäre eine konservative Revolution, so können wir andererseits vom revolutionären Rechte behaupten, dass es ein schnellen Schrittes schreitendes Gewohnheitsrecht sei: der aus heftigen Geistes, als konkludenten Fakten, ersichtliche Wille der Nation, Wille der Macht.

VI. Die Beziehungen des Rechtes zur Moral.

1. Unsere Erörterungen über die Beziehungen des Rechtes zur Macht haben dargetan, dass das Recht, wenn es auch keinesfalls mit der Macht identisch ist, doch in einem sehr engen

⁴⁶⁾ Prologi Tit. 11. § 4.

Verhältnis zu ihr steht. Dieses Ergebnis erscheint auf den ersten Blick als befremdend. Es scheint, als hätten wir das Recht, die Frucht der brutalen Gewalt, jeder moralischen Weihe entkleidet. Und doch wird gerade der Begriff der *physisch stärksten* sozialen Macht dazu führen, eine der wichtigsten Beziehungen des Rechtes zur Moral aufzudecken. Les extrêmes se touchent.

Die physisch stärkste soziale Macht bedeutet keine Naturkraft, sondern eine menschliche Kraft. Und da die physische Kraft eines Menschen verschwindend klein ist, kann die Bildung einer innerhalb einer grossen Gesellschaft stärksten sozialen Macht, nur durch die Zusammenfassung von tausend und aber tausend menschlichen Kräften bewerkstelligt werden. Diese Vereinigung geschieht nicht auf mechanische Weise, sondern durch das Medium des menschlichen Willens, auf *interpsychische* Art. Es gibt verschiedene interpsychische Kräfte, welche die Vereinigung vieler Menschen zur einheitlichen Kraftentwicklung hervorbringen können: Triebe des Instinktlebens, gemeinsame Bedürfnisse und wirtschaftliche Interessen, intellektuelle Einsichten und unbewusste Kulturprodukte, gemeinsame Sprache und Konvention, gefühlsmässige Anschauungen, historische Traditionen, nationale Ideale und gemeinsame ethischen Überzeugungen. Ja, das schon bestehende Recht ist selber ein solcher einigender Faktor, aber da in diesem Zusammenhange von den Faktoren der hinter dem Rechte stehenden Macht die Rede ist, soll von dem Rechte selber abgesehen werden. Es kann auch nicht unsere Absicht sein, eine soziologische Erörterung über die Grundlagen dieser sozialen Macht anzustellen: es genügt von unserem Standpunkte aus darauf hinzuweisen, dass *diese physisch stärkste soziale Macht*, von der in den vorangehenden Ausführungen gesprochen wurde, keine tote Kraft, sondern *eine lebendige, aus der organischen Verknüpfung sozialer Faktoren entspringende, durch interpsychische Bande zusammengehaltene Macht ist, die durch das Medium des menschlichen Willens mit den höchsten nationalen und ethischen Zielen menschlicher Bestrebungen zusammenhängt*. Ebenso, wie die vom geschichtlichen Materialismus einseitig hervorgehobenen wirtschaftlichen Faktoren, wirken auch *ethische Mächte*, die nicht bloss Reflexe der ersteren sind, in der Rechtsentwicklung. Die Wirkung *gefühlsmässiger Elemente* auf die Gestaltung des

Rechtes darf nicht gering eingeschätzt werden;⁴⁷⁾ die gefühlsmässigen Anschauungen einer menschlichen Gemeinschaft haben stets eine ethische Färbung. Mit vielem Grunde konnte deshalb *Trendelenburg* sagen, dass „das Recht, nach seinen inneren Motiven aufgefasst, ein Ausdruck der nationalen Sittlichkeit ist.“⁴⁸⁾ Gewiss, das Recht folgt dem Siege der stärkeren Gewalt, aber „im Siege treten die Wirkungen unendlich komplizierter sittlicher Ursachen zu Tage. Ihr Ergebnis ist die Macht, die das Recht der Gegenwart bestimmt.“⁴⁹⁾ Dieses Wort *Stintzings* enthält sicherlich „cum grano salis“ die Wahrheit, wenn es auch nicht ausnahmslos zutrifft.

Dass das Recht ein „Ausdruck der nationalen Sittlichkeit“ ist, äussert sich nirgends so deutlich, als auf dem Gebiete des *Strafrechts*, das in seinen verbrecherischen Tatbeständen und den Pönalsanktionen lediglich ethische Werturteile des Gesetzgebers enthält. Schuld und Strafe sind in erster Linie ethische und nicht juristische Begriffe.⁵⁰⁾ Dass aber auch das *Privatrecht* tief in den Boden der Moral eingewurzelt ist, bezeugt der allgemein anerkannte privatrechtliche Grundsatz, wonach überhaupt nur solche Rechtsgeschäfte gültig sein können, die nicht gegen die „guten Sitten“ verstossen. Überaus deutlich tritt die Verbindung von Privatrecht und Moral im deutschen BGB hervor, das von sittlichen Begriffen wie „nach Treu und Glauben“, „nach billigem Ermessen“ und dergleichen geradezu beherrscht

⁴⁷⁾ Vgl. *Loening*: Über Wurzel und Wesen des Rechts S. 28: „Das menschliche Gefühl ist der Schöpfer des Rechts.“ *Berolzheimer*: System der Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie III. Bd. S. 88: „Das Recht ist . . . ein auf gefühlsmässigem Grunde erwachsenes Artefakt der menschlichen Gemeinschaft.“ *Affolter*: Recht über den Staaten (Archiv etc. XIV), S. 98: „Recht ist die, gefühlsmässigen Anschauungen entliessende kraftvolle Ordnung des menschlichen Nebeneinanderlebens.“

⁴⁸⁾ A. a. O. S. 101.

⁴⁹⁾ *Stintzing*, a. a. O. S. 32.

⁵⁰⁾ Vgl. *Moór*: Die Reform des ung. Schwurgerichtes. (Rechtsgang 1914. Bd. II. H. 2.) S. 196, 201. — Wie weitgehend die Berücksichtigung moralischer Forderungen im Strafrechte sein kann, beweist § 291 des deutschen Entwurfes zu einem StGB von 1919, der die Unterlassung der Lebensrettung mit Strafe bedroht, wobei sich die Begründung auf die sittliche Pflicht der Lebensrettung beruft.

wird.⁵¹⁾ Der ethische Charakter des *Staatsrechtes* — das mit allen seinen Einrichtungen auf das Staatswohl gerichtet ist, „ad utilitatem publicam spectat“, wo die subjektiven Berechtigungen im Glanze der ethischen Verpflichtungen erscheinen — bedarf keines ausführlicheren Beweises. Und dass die moralischen Forderungen an den Grenzen des *internationalen Rechtes* ebenfalls keinen Halt machen, geht aus der Betrachtung hervor, dass sogar auf dem Felde, wo die Gewalt die geborene Herrscherin ist, das Kriegerrecht zwei einander gegenseitig beschränkende Prinzipien, von denen es geleitet wird, zu versöhnen versucht: die militärische Notwendigkeit mit der Humanität. Die mit dem Rechte nahe verwandten beiden Begriffe, Zwang und Moral werden nirgends in eine grellere Beleuchtung gestellt als hier.

Eng ist der Zusammenhang zwischen dem Faktischen und Moralischen auch im *Gewohnheitsrecht*, hinter dessen Normen meistens unmittelbar die Macht steht und die sich andererseits meistens in unmittelbarer und steter Berührung mit den sittlichen Anschauungen des Volkes befinden. Aus den sittlichen Anschauungen des Volkes resultiert nämlich eine physische Kraft, gegen die die Bayonette oft garnichts vermögen.

Die ethische Überzeugung über die Richtigkeit einer Rechtsnorm ist in den meisten Fällen notwendig dazu, so grosse Massen zu einheitlicher Kraftentfaltung zusammenzuhalten, die zur Bildung der physisch stärksten Macht in einer grossen Gesellschaft notwendig sind. Der Seeräuber des heiligen Augustins irrte sich gewaltig in der Annahme, dass Prinzipien die eine Räuberbande beherrschen, auch in einem grossen Staate die zu ihrer Verwirklichung notwendige stärkste soziale Macht hinter sich haben könnten. Daraus ergibt sich die Wichtigkeit der moralischen Billigung der Rechtsnormen seitens der Untergebenen, die jedoch in dieser Beziehung eher als Rechtsgeber und Rechtserhalter betrachtet werden sollten, um den Zirkel, der in dem Satze „obtemperantia subditum facit“ liegt, zu vermeiden.⁵²⁾

⁵¹⁾ Wie weit in dieser Hinsicht das Privatrecht gehen kann, zeigt das berühmte Schikaneverbot des deutschen BGB, das dem Satze „qui iure suo utitur neminem laedit“ zum Trotze bestimmt: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen“ (§ 226).

⁵²⁾ Vgl. Somló: Jur. Grundlehre S. 115—116.

Der Gedanke, ethische Motive im Interesse der Befolgung der Rechtsnormen auch dort geltend zu machen, wo die inhaltliche Billigung der Normen fehlen könnte, liegt in der Institution der *promissorischen Eide*, die das Staatshaupt, die Staatsorgane und Staatsbürger bei verschiedenen Gelegenheiten leisten müssen. Und ein überaus starkes ethisches Motiv ebenfalls zur Befolgung der Rechtsnorm, ganz abgesehen von seinem Inhalte, ist der sittliche Gedanke der Heiligkeit und Unzerstörbarkeit des Rechtes, in dem jede *Legitimitätstheorie* verankert ist.⁵³⁾ Demselben sittlichen Boden entwächst auch die *Tradition*, die dem hergebrachten Rechte nicht nur den Zauber ehrwürdigen Alters und der historischen Weihe verleiht, sondern auch eine physische Macht zu Gebote stellt, deren Bedeutung man ungarischen Juristen, im Lande der *Csaba* Legende, nicht zu betonen braucht. Aber nicht nur die traditionelle Weihe des historischen Rechtes entspringt aus dem Urquell sittlicher Gefühle: die stete Berührung mit dem sittlichen Geiste der Gemeinschaft, für die es gilt und gelten will, ist auch das Geheimnis, welches das Recht ewig *jung* zu erhalten vermag.⁵⁴⁾

In dem Herausfühlen dieser Beziehungen des Rechtes zur Moral liegt der richtige Gedanke, der bei der Bestimmung des Rechtsbegriffes sowohl den „*einseitigen ethischen Rechtstheorien*“ als auch den „*Anerkennungstheorien*“ vorschwebt. Diese Theorien irren sich aber dennoch, wenn sie die ethische Billigung oder die Anerkennung seitens der Untergebenen als ein *begriffliches* Merkmal des Rechtes betrachten. Gewiss ist dieser Faktor von überaus grosser Wichtigkeit, aber er ist nicht der einzige, der die physisch stärkste soziale Macht zusammenhält. Ausser ihm gibt es noch sehr viele andere Faktoren der höchsten Macht, — wir haben sie auch nicht erschöpfend aufzählen wollen — auf welche sich das Recht stützt. Und es kann sich ereignen, dass diese anderen, instinktiven, egoistischen, intellek-

⁵³⁾ Vgl. *Brockhaus* a. a. O. S. 330: „So ist die Legitimität denn keineswegs wirkungslos: sie ist die natürliche Basis eines Treueverhältnisses, welches das Volk mit seinem legitimen Fürsten selbst dann noch verbindet, wenn Eroberung oder Usurpation das rechtliche Band zwischen beiden bereits gewaltsam zerrissen.“

⁵⁴⁾ Vgl. *Jodl*: Über das Wesen des Naturrechtes. Wien 1893. S. 18.

tuellen, wirtschaftlichen Faktoren und dergleichen auch *ohne* den ethischen Faktor, ja vielleicht *trotz* diesen, mächtig genug sind, ein Gebot als Rechtsnorm durchzusetzen. Man kann also das Element der ethischen Billigung oder Anerkennung seitens der Untergebenen ebensowenig in die *Begriffsbestimmung* des Rechtes hineinnehmen, wie das der moralischen Richtigkeit. Es besteht nur eine gewisse *Wahrscheinlichkeit* und keine begriffliche Notwendigkeit dafür, dass das ethische Element im Rechte zur Geltung gelangen wird.

2. Trotz der hohen Bedeutung, die den ethischen Prinzipien im kausalen Werdegang des Rechtes zukommt, gehört also der Gedanke der moralischen *Richtigkeit* nicht zum Begriffe der Rechtsnorm. Es kann auch unrichtiges Recht geben. Das Gegenteil behaupten und annehmen, alles was als Recht zur Geltung gelangt, sei richtig, hiesse das ewige Problem der *Theodicee* zu ignorieren. Wie in der Welt überhaupt neben dem Guten auch das Böse vorkommt, da sie unleugbar mit vielen Mängeln, Unzweckmässigkeiten, Übeln und sittlichen Schäden behaftet ist, so ist es auch in der juristischen Welt. Auf die Erfahrung, dass Tugend den Verzicht auf empirisches Glück verlangt und dass Untugend mit zeitlicher Glückseligkeit vereinbar ist, dass das Schicksal so oft den Sieg des Bösen über das Gute mit sich bringt, hat bekanntlich *Kant* seinen „moralischen Gottesbeweis“ aufgebaut, die Forderung des unsterblichen Lebens und der Existenz eines höchsten Wesens gegründet. Denn unser moralisches Bewusstsein fordert die Realität des höchsten Gutes, die Vereinigung von Glückseligkeit und Tugend. Dasselbe *metaphysische Bedürfnis*, dieselbe Forderung äussert sich in der Auffassung des *Naturrechts*. Die Unzulänglichkeiten des geltenden positiven Rechtes führen hier zum Postulate eines juristischen Jenseits, wo die Kongruenz des Rechtes mit der Richtigkeit im Begriffe eines ewig geltenden idealen Rechtssystems erreicht wird. Gewiss entspringt die naturrechtliche Auffassung einem tief empfundenen moralischen Bedürfnis des menschlichen Gemütes, nur muss man den „*transcendentalen Schein*“ in ihr aufdecken, und den Irrtum, den sie begeht, als sie das *ethisch Geforderte* für *wirkliches Recht* nimmt, vermeiden. Sicherlich liegt viel Wahrheit im Naturrechte, allein es segelt unter einer falschen Flagge, es sollte

nicht die Bezeichnung des „Rechtes“, sondern die der „Moral“ führen.

Wie der Gedanke der Richtigkeit nicht zum Begriffe des Rechtes gehört, so gehört auch der der Unrichtigkeit nicht zu demselben. Der *Anarchismus* und der *geschichtliche Materialismus*, die das behaupten, irren also ebenso, ja noch mehr, als das Naturrecht; denn eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die moralische Richtigkeit des Rechtes ist wenigstens doch vorhanden.

Damit man von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Rechtes reden kann, braucht man einen über dem Rechte stehenden *Masstab*, um es zu richten. Und dieser Masstab kann nichts anderes sein als die *Moral*, denn wir kennen keinen höheren. Es ist das grösste Verdienst der naturrechtlichen Auffassung, dass sie diesen richtigen Gedanken in sich enthält. Und auch in der Frage, ob ein unmoralisches Rechtsgebot uns moralisch verpflichtet, müssen wir uns der naturrechtlichen Auffassung anschliessen. Gewiss, die naturrechtliche Auffassung geht zu weit, und rechnet nicht mit der Wirklichkeit, wenn sie ein unrichtiges, unsittliches Rechtsgebot überhaupt nicht für Recht hält. Unzweifelhaft scheint es aber, dass aus einem unmoralischen Rechte zwar eine *rechtliche*, aber keine *moralische* Verpflichtung entstehen kann. Die Frage, ob man sich einem solchen unmoralischen Rechte gewaltsam widersetzen soll, ist aber damit noch keineswegs entschieden. Bei ihrer Beantwortung muss man sämtliche Konsequenzen des Rechtsbruches in Betracht ziehen, die daraus resultierenden Übel, die Gefährdung der Rechtssicherheit, die Schwächung des sittlichen Gedankens der Unantastbarkeit des Rechtes, sorgfältig abwägen und nur wenn das fragliche Rechtsgebot noch grössere moralische Übel verursachen würde, soll man es nicht anwenden. Sicherlich kann es Fälle geben, wo der Bruch eines unmoralischen Rechtes eine moralische Pflicht ist. Es können sich Situationen in der Weltgeschichte ergeben, wo Revolutionen eine sittliche Entschuldigung finden. Und es ist ein Irrtum, zu dem die konsequente Durchführung der *Legitimitätstheorie* führt, dass die Verletzung auch eines unmoralischen Rechtes, das auf legaler Weise nicht beseitigt werden kann, absolut verwerflich sei. Hier gilt die aus dem richtigen Kerne der naturrechtlichen Auffassung fließende

Lehre, dass man den moralischen Geboten mehr zu gehorchen habe als den positiven Satzungen der Menschen.⁵⁵⁾ Die Geltendmachung moralischer Forderungen auf dem Gebiete des Rechtes und das Empfinden der engen Verbindung zwischen Recht und Moral hört man überhaupt am deutlichsten aus den naturrechtlichen Auffassungen herausklingen. In diesem Umstande besteht eben die ewige Bedeutung des Naturrechts, des Rechtes „das mit uns geboren ist“⁵⁶⁾ „unveräusserlich und unzerbrechlich wie die Sterne.“⁵⁷⁾

3. Wir können auf Grund der Ergebnisse unserer Untersuchungen das Verhältnis von *Recht* und *Moral* kurz zusammenfassend folgendermassen charakterisieren:

a) Recht und Moral sind nahe verwandt. Beide gehören demselben Stamme an, fallen unter den Oberbegriff der sozialen Normen.

b) Während die Moral den Gedanken der Richtigkeit in sich trägt und seine empirische Verwirklichung bloss durch das sittliche Empfinden der Menschen garantiert wird, verbindet sich das Recht, in dessen Begriff *die moralische Richtigkeit nicht notwendig hineingehört*, mit der stärksten sozialen Macht. Der Begriff der blossen Kraft ist ethisch indifferent und hat noch nichts unsittliches an sich; er ist eher moralisch gefärbt: ist *achtunggebietend*.⁵⁸⁾ Einen moralischen Anstrich bekommt die Macht auch dadurch, dass sie eine *menschliche Kraft* bedeutet, die durch den zur sittlichen Welt gehörenden menschlichen Willen geleitet wird.⁵⁹⁾

⁵⁵⁾ Vgl. *Notter*: A természetjog. (Das Naturrecht. Im „Bölcséleti Polyóirat“ 1905. Ungarisch) S. 580: „Wenn wir auch statt Naturrecht Moral sagen wollen, bleibt gesetztes Recht und Moral in demselben engen Verhältnis als gesetztes Recht und Naturrecht . . . Dass das gesetzte Recht verpflichtet, behaupten wir nur auf Grund des Naturrechtes (des natürlichen moralischen Gebotes)“.

⁵⁶⁾ *Goethe*, Faust I. Teil. Schülerscene.

⁵⁷⁾ *Schiller*, Wilhelm Tell, II. Aufzug 2. Scene.

⁵⁸⁾ Vgl. *Stintzing* a. a. O. S. 4: „Wunderbar ist der Zauber, den die Macht, wo sie erscheint, auf das menschliche Gemüt ausübt.“ — *Hedemann*: Gedanken über Gerechtigkeit. (Archiv X.) S. 173. — Die blosse Kraft kann auch das *aesthetische* Gefühl der Erhabenheit erwecken.

⁵⁹⁾ Vgl. *Stintzing* a. a. O. S. 26—27.

c) Daraus aber, dass das Recht sich mit der *stärksten* sozialen Macht verbindet, folgt ein inniges Verhältnis zwischen Recht und Moral. Unter den Faktoren, welche diese soziale Macht zusammenhalten, spielen *die moralischen Anschauungen* der Gesellschaft eine überaus wichtige Rolle. *Sie sind deshalb eine der wirksamsten kausalen Grundlagen des Rechtes*, die seine Entwicklung bestimmen und es aufrecht erhalten. Infolge dessen ist *auch der Inhalt des Rechtes durch und durch mit moralischen Elementen getränkt*.

d) Nicht nur der kausale Werdegang des Rechtes wird aber von den moralischen Anschauungen beeinflusst, *auch die Bewertung des Rechtes geschieht vom Standpunkte der Moral, die den Masstab zur Beurteilung der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Rechtes bildet*.

Die Beziehungen des Rechtes zur Moral sind also vielseitiger und komplizierter als die zur Macht. *Die Moral gehört nicht zu den Begriffsmerkmalen des Rechtes*, und es ist auch eine gewisse Entfremdung des Rechtes von der Moral möglich. Dauernd kann aber das Recht auf die Stütze der Moral nicht verzichten. Denn *kräftig* kann nur dasjenige Recht sein, welches sich mit der Moral vereint und *richtig* nur dasjenige, welches der Moral entspricht. Das Recht erhält von der Moral seine Kraft, seine Ziele und seine Ideale.

VII. Schluss.

Gegen unsere Auffassung des Rechtes könnte man zwei Einwände erheben. *Erstens*: die Verbindung des Rechts mit der physisch stärksten sozialen Macht bedeute eine Anbetung der Gewalt. *Zweitens*: durch die Lehre, dass das unmoralische Rechtsgebot ethisch nicht verpflichtet, werde das Recht der subjektiven Willkür preisgegeben. Die beiden Einwände widerlegen sich gegenseitig. Der wahre Anbeter der Gewalt ist der, der alles, was die Kraft besitzt, sich als Recht durchzusetzen, als auch moralisch verpflichtend betrachtet. Und die unbedingte Unterwerfung des Rechtes unter die Moral bedeutet nur für denjenigen, die Inthronisation der subjektiven Willkür, der die objektive Geltung der moralischen Forderungen bezweifelt. Gegen den letzteren lässt sich aber mit Fug die Frage richten,

worauf er selber sein *ethisches* Werturteil von der *sittlichen* Verwerflichkeit der subjektiven Willkür gründet?

Zwei Grundgedanken sind es auch, an denen wir am Schlusse festhalten müssen: 1. *das Recht bedarf um als Recht zu gelten der stärksten sozialen Macht*; 2. *es ist aber nur dann sittlich verpflichtend und kann nur dann von Beständigkeit und Dauer sein, wenn es sich mit der Moral verbindet.*

In den tragischen Ereignissen der letzten Jahre können wir für die enge Verbindung des Rechtes mit der *Macht* genügende Bestätigung finden. Wenn wir aber nach den *moralischen* Beziehungen des Rechtes suchen, stossen wir auf ungeheuerliche Missbildungen. Wir haben zum Beispiel einen Friedensvertrag vor uns, der bestimmt, dass ein kleiner Staat überhaupt keinen Krieg, also auch keinen Verteidigungskrieg führen darf⁶⁰⁾ — hat aber selbstverständlich das Recht — angegriffen zu werden, denn seine Neutralität ist nicht garantiert. Die staatliche Selbständigkeit dieses kleinen Staates wird durch allerlei Einmischungsrechte seiner grossen Gegner vollständig zerstört, es wird aber mit edler Miene die Selbständigkeit dieses Staates gegen den betreffenden Staat selber grossmütig beschirmt.⁶¹⁾ Es werden gegen diesen kleinen Staat, der durch einen routinierten Gegner bereits eigenhändig ausgeraubt wurde, unter dem Vorwande der „Wiedergutmachung“ die unglaublichsten materiellen Forderungen gestellt, dabei heisst es aber, dass die Wiedergutmachungskommission „sich nur durch die Grundsätze der Gerechtigkeit, der Billigkeit und des guten Glaubens leiten lassen wird.“⁶²⁾ Es ist sicherlich kein schönes Bild, wo der Totschläger die Taschen seines Opfers ausleert; wenn er aber dabei die Lilie der Unschuld in die blutbefleckte Hand nimmt und den Rosenkranz der Tugend sich selber an die brutale Stirne legt: ist er erbärmlich. Gewiss finden sich aber auch

⁶⁰⁾ Vgl. Art. 104. des Friedensvertrags von Trianon: „Die ungarische Armee darf ausschliesslich nur zur Aufrechterhaltung der Ordnung auf dem Gebiete Ungarns und zum Grenzpolitzeidienste verwendet werden.“ Nach Art. 106. ist jede Mobilisierung für immer untersagt.

⁶¹⁾ Art. 73. „Ungarn darf ohne Einwilligung des Rates der Völkerliga auf seine Unabhängigkeit nicht verzichten.“

⁶²⁾ § 11. des Annexes II. zu den Art. 161—174.

hohe Ideale im Friedensvertrag von Trianon: der Völkerbund⁶³⁾ ist durch den Gedanken des ewigen Friedens und die Bestimmungen über die internationale Organisation der Arbeit⁶⁴⁾ sind durch den Geist edler Humanität beseelt. Bei der näheren Betrachtung verschwindet die Schminke: der Völkerbund bedeutet die Sicherung der ruchlosen Beute,⁶⁵⁾ und die Bestimmungen über die „Arbeit“ wollen nur womöglich verhindern, dass die Besiegten billiger produzieren können als die Sieger. Dass derart hohe sittliche Ideale der Menschheit zu niederträchtigen Zwecken des „égoïsme sacré“ prostituiert werden: ist am meisten empörend.

Können wir also in diesem Rechte die nahe Verwandtschaft und die engen Beziehungen des Rechtes zur Moral aufdecken? Sicherlich nicht. Die Möglichkeit eines unmoralischen Rechtes haben wir aber auch nicht bestritten. Wir meinten nur, dass ein solches Recht moralisch nicht verpflichtet und keine Beständigkeit und Dauer haben kann. Die Bestätigung dieser Behauptung werden wir auch erleben, denn es gilt heute noch das Wort des einstmaligen *einsichtigen* französischen Politikers: „*On peut tout faire avec les bayonnettes excepté s'y assoir.*“

⁶³⁾ Teil I. des Friedensvertrages.

⁶⁴⁾ Teil XIII. des Friedensvertrages.

⁶⁵⁾ Art. 10.

Codex juris canonici.

Dr. KOSUTÁNY IGNÁCZ.

Tartalom. Kodifikálás. Legnevezetesebb kódexek. Codex juris canonici. Az életbeléptető bulla a codex keletkezéséről. Szubjectiv okok. X. Pius elődeinek tartós uralkodása. Az egyház conservativizmusa. Veszedeimek. XIII. Leo békés politikája. X. Pius erélyes fellépése a külső támadásokkal szemben. „Pascendi dominici gregis“. Codex juris canonici. A profán jogtói eltérő jellege. Hatalom természete. Beavatkozása az egyházi életbe. A hatalom egységes volta. Centralisatio. Ennek okai és lehetősége. A törvény anyagának rendszerbe foglalása. Összhang és rendszer. A codex érdeme.

A kodifikálás munkája olyan régi, mint maga az emberi műveltség. Az ókor népei, különösen a kéreskedelemmel foglalkozók, korán érezték a szükségét annak, hogy jogi rendet teremtsenek és azt törvénybe foglalják. A keleti törvényhozás Európa népeire legfeljebb ha közvetve hatott. De annál nagyobb befolyással volt a görögök és rómaiak törvényhozása. Különösen II. Theodosius (438) és Justinianusnak (529) kodifikálása volt itt nagy jelentőségű, mert ezek egy már csodálatosan kifejlett jogrendnek anyagát célszerűen feldolgozva egy teljesen kimerítő egészbe foglalták. Az ezután következő századokban az ilyen kodifikálásra gondolni se lehetett. A kelet római birodalom mindig mélyebbre hanyatlott, nyugaton pedig a barbárvilág kezdetleges művelődési viszonyok közt élt, és jogi élete is ennek megfelelő volt. Csak a XIII. század pápai kodifikálnak ismét és rendszeresen feldolgoztatják a kánon jogot. Ezentúl újra elmúlt ötszáz esztendő anélkül, hogy kodifikációval találkoznánk.

A XVIII. század filozófusai azonban kezdtek a joggal is foglalkozni. Kutatták annak lényegét és hangoztatták, hogy a jogot a történelem hagyományaiból ki kell szabadítani. Meg kell alkotni a jognak igazi szabályait úgy, ahogy azt az ész parancsolja. Hivatkoztak az emberi gondolkodás örök törvényeire,

ennek alapján keresték az emberiség célját, melyet ilyen módon meg kell valósítani. Mert az államnak kötelessége a maga jogát annak egészében és teljességében rendszeresen és kimerítően feldolgozni. Kötelessége öntudatos célkitűzéssel megítélni a szükségést és megalkotni az annak megvalósítására alkalmas jogi rendet és ezt az ideális alkotást nevezték *Codex*-nek.

Megindult tehát a nagy munka mindenfelé, még a kis San Marino is kodifikált. Az így létrejött munkák közt legnevezetesebb az 1791. alkotmány rendeletéből Cambacérès által megkezdett s Napoléon által érvényre emelt Code-Napoléon.

De a kodifikálásnak nemcsak hívei, hanem ellenzői is voltak. Ezek azt mondták, hogy a kodifikálás nemcsak hiábavaló munka, hanem káros is. Mert a jog a mindennapi életből és annak szükségleteiből lassú fejlődés útján válik szokássá és a szokásból joggá, s a kodifikáció nemcsak nem képes ezt a természetes fejlődést nyomon követni, hanem annak fejlődését egyenesen megakasztja, a jogot megkövesíti, tudományos fejlesztését pedig gátolja. Előre kieszelt elvont elvek kedvéért nem szabad szakítani az élet való viszonyaival. Ezen oknál fogva nem kodifikált Amerika, sem a konzervatív Anglia.

A kánonjog már a XIII. században jutott kodifikációhoz, de a XIV. században ez abbamaradt és újabb hétszáz év telt el, míg X. Pius a „*Codex juris canonici*”-t megalkotta és XV. Benedek azt szentesítve életbeléptette.

Ezen „*Codex juris canonici*” méltán sorakozik a legnagyobb jogi alkotások közé, melyeket az emberiség valaha produkált.

A codexet életbeléptető „*Providentissima mater ecclesia*” bulla elmondja a kodifikálás okait, célját és történetét, mi élénken emlékeztet azon constitutio elbeszélésére, mi a Justinianus Codexe előtt olvasható, valamint a IX. Gergely codexét életbeléptető „*Rex pacificus*” kezdetű bullára. Mind a három egyértelműleg véget akar vetni a jogbizonytalanságnak s a jogszolgáltatás kiszámíthatlan eshetőségeinek.

Ezen a felsorolt okokon kívül bizonyára voltak még egyéb okok is, melyek az írásban nincsenek felemlítve. Pedig lehet, hogy éppen ezekből derül ki a Codexnek az a sajátos egyéni karaktere, mely a tételekbe foglalt objektív jog megállapítása

mellett nemcsak nagy szerepet játszik, hanem mint szubjektív mozzanat azt különösen meg is világosítja és érthetővé teszi.

Ezekről a szubjektív mozzanatokról akarok én itt pár szóval megemlékezni, mert így képesek leszünk X. Piusnak, a nagy kodifikátornak, alkotó lelkébe is némiképp bepillantani.

X. Pius pápa, két elődjének 57 évre terjedő uralkodása után jutott szt. Péter örökébe. Ezen 57 év alatt nagy világtörténelmi események zajlottak le, melyek nagy változásokat okoztak Európának úgy politikai és nemzetközi történetében, mint az embereknek belső lelki életében. Az ezer évesnél hosszabb életű Egyházi állam megszűnt, nagy nemzeti államok alakultak, az emberi ismeretek hatása és a gazdasági élet nem sejtett arányokban bontakozott ki és a régi társadalomnak osztálytagosulatában nagy eltolódások történtek. Ezen világraszóló nagy változások az emberiségnek világéletét is nagyban módosították. Ezzel szemben a római kath. egyház maradt a régi. Erős konzervativizmusa mellett nem is igen lehetett még csak kilátás sem valami változásra, ha csak nem a pápák személyében beálló változások esetén. De IX. Piusnak és XIII. Leonak példátlanul hosszú uralkodása még ezt a kis kilátást is elzárta. IX. Pius 1854-ben a „szeplőtlen fogantatás“-t dogmává tette, 1864-ben kiadta a „Syllabus“-t, az 1869-iki vatikáni zsinat pedig a pápa-primatusát és infallibilitását dogmatizálta. Ez mind a régi felfogást emelte uralomra az újkor áramlatával szemben. XIII. Leo felismerte az egyházat környező veszélyeket és Szt. Péter hajójának kormányrúdját erős kézzel ragadta meg. A támadásokat az igazság fegyvereivel akarta feltartóztatni. Speciális constitutióinak sokaságán kívül hatalmas encyclikákat adott ki a kor társadalmi életének főkérdései felől. A keresztény házasság, az egyház és állam közti viszony, a politikai hatalom eredete, a keresztény államnak rendje, a keresztény demokrácia, a görögkeleti egyház ügye és még számos egyéb kérdésben. Ezen az úton vélte ő a kornak örvénylő forratagában megmutatni azt a helyes irányt, melyben az emberiségnek haladnia kell. Az ő alakja korának futó-tűnő jelenségei közepette annyira kimagaslik, az ő működése annyira intenzív, sokoldalú és irányadó, hogy az egyháztörténet méltán beszélhet „XIII. Leo koráról“. A kor azonban az ő törekvéseinek nem deferált.



Az ő halála után, amely nap Sarto cardinalis elfogadta a tiarát és X. Pius nevet vett föl, aznap vége is lett XIII. Leo megértést kereső nyugodt politikájának. Az egyház ügyét már nem lehetett több megértéssel, az igaznak és jónak több szeretetével, az ellenkező nézetek több kiméletével győzelemre vinni, és XIII. Leo az óhajtott sikert még se érte el. X. Piusnak tüzes lelke erőlyesebb politikát követelt. Ezen lélekbe bele is tekinthetünk, ha az ő egyházfői működését egy egységes képbe foglaljuk össze, és így a maga egészében vizsgáljuk. Ezen módon tekintve az egyházat fenyegető veszedelmek is két irányból nyomulnak előre. Az egyik csoportja a veszedelmeknek az államok részéről támad és azzal fenyeget, hogy azt a régi viszonyt, mely egyház és állam között a Karolingok ideje óta fennállott, többé nem fogja fenntartani. Franciaország „az egyháznak legidősebb fia” volt ezen irányzatnak előharcosa. A XIX. század utolsó negyedének államférfiai vissza akartak térni a forradalom hagyományaihoz, felmondták a konkordátumot. A radikális szocialista csoport kívánságának megfelelően Jules Ferry már 1881-ben nagy eréllyel dolgozott ezen és az illető törvényjavaslat 1904-ben a parlament elé is került. Eközben az európai „közvélemény” a 60-as évek materialisztikus világfelfogásának hatása alatt hadat üzent nemcsak az egyháznak, hanem minden vallásnak is. Ez volt a veszedelmek egyik csoportja.

A második már magában az egyházban dűl. Az egyháznak legszilárdabb alapja a klérus forrongásban van. Az egyháznak mostani szervezetével nincs megelégedve. A természettudományi szellem, mely a XIX. századot különösen jellemzi, behatol a klérus soraiba is, beakarja vinni az egyház szervezetébe is a maga gondolkodását. Ezen irányzatnak alakjaival egyaránt találkozunk Amerika, Anglia, Franciaország, Németország és Itália klérusában. Ezek a róm. kath. egyház rendjét erős bírálat alá vetették, támadva azt majd a történelmi kritika, majd az ész fegyvereivel. Hangosan hirdették, hogy az egyháznak fennálló rendje elavult, és annak alkalmazkodni kell „a kornak kívánalmaihoz”.

Ime a külső és belső veszedelem.

Ebben a veszedelmes helyzetben a pápaságnak nemcsak rendületlenül kell helyt állani, hanem még be is kell tölteni tulajdonképeni feladatát, mely abban áll: hogy államok, népek és

pártok fölé emelkedve, a világ folyásától függetlenül, szemeit a kereszténység örök alapeszméire szögezve el ne tévessze az egyedül helyes irányt, hanem ő legyen megítélője az új idők mozgalmainak, s ő maga mérje ahhoz saját magatartását.

Midőn pedig az ellenség táborában ott látja saját papjait, szerzeteseit, akik ahelyett, hogy erejét növelnék, most elkeseredetten ellene fordulnak, lehetett-e X. Piusnak hallgatni, lehetett-e nem beszélni? Ha pedig beszélt, lehetett-e neki kevesebb szigorral beszélni, mint ahogy ő azt cselekedte? Hiszen a történelem eléggé igazolja, hogy egy maga idején hozott elszánt határozat döntő lehet a jövőre nézve. A pápa pedig határozott. A kívülről jövő támadásokkal szemben visszautasít minden beavatkozást, mi az egyház függetlenségét érinti és tolakodóan bírálgatja. Az egyház belsejéből fenyegető veszedelem: saját fiainak tévelygése. Ezeket egyenkint felsorakoztatja és megbírálv a scolasztikának egész szigorával, a logika minden fegyverével és a tradíció erejével, kérlelhetetlen ítéletet mond mindenik fölött. Így válik érthetővé az a szigorú, éles hang, mely különösen a „Pascendi dominici gregis“ encyclikáján érezhető. Lehetetlen itt vázolni azt a világgraszoló nagy küzdelmet, mely az Apokalypszis képeire emlékeztet. Az elmondottakra is azért van szükségünk, hogy megismerjük a „Codex juris canonici“-nak azon történeti háttérét, melybe ezt beillesztve, ráakadjunk egy olyan körülményre, melyet a „Providentissima“ nem mond el. De azért ez úgy oda tartozik a Codex létrejövetelének szubjektív okai közé, hogy csak így láthatjuk a Codexet helyes történeti megvilágításban. A Tridenti zsinat határozatait is csak úgy méltányolhatjuk, ha iparkodunk ezen zsinatot a világtörténelem folyásába beállítva, a kornak történetét a maga egészében és összefüggésében szemlélni. A „Codex juris canonici“-nak mintegy kőből faragott, tömör szakaszai is csak úgy nyernek igazi életet, ha összefüggésbe hozzuk azokat a XX. század életével, ha ismerjük azt a morális környezetet, mely a Codexet szükségessé tette, midőn a Codex megszólalt.

X. Pius Codexe nem abstractio. Ez az oka, hogy egyszerű jogi formulákkal és dedukciókkal azt felfogni és megérteni nem lehet. Nem a jogász okoskodásnak műve az, kiszabott méretekkel, elfogadott arányokkal, oda illesztett részekkel. Külön világ

az, mely az iskolaszerű jogi fogalmakat figyelmen kívül hagyva alkot úgy, amint az ő természetének megfelel. Természetesen.

A kánoni jognak alapja az egyháznak hite, mely a jogot csak eszköz gyanánt tekinti és úgy is kezeli. A jog a hitnek csak egyik külső alakja és megjelenése (pl. a *jus divinum*). A hit és jog közül egyedül csak a hit isteni eredetű, de nem a jog. Az egyház hatalma: a Szentléleknek ereje. Az Isten hatalmának célja és rendeltetése van: a megváltás nagy műve által az embereket üdvözíteni. Megvalósítani az Isten országát, mely nem e világból való. Ez az oka, hogy a Codex a maga híveitől nem csupán olyan engedelmességet követel, mint amilyent az állam követel a maga polgáraitól. Ez nem elég. A hit azt tanítja, hogy a pápa a legfőbb bírása és kifejezője annak: mi legyen az egyháznak igazi akarata. Az általa hozott törvény tehát teljes odaadást követel, s nem enged más választást, mint magát vagy alávetni, vagy az egyházból kilépni.

Ami pedig azt a kérdést illeti, meddig terjedhet a hatalom beavatkozása az individuumoknak magán életviszonyaiba? Ez a kérdés régidők óta foglalkoztatja az állam tudósait, és lett belőle a XIX. századnak egyik leghevesebben vitatott politikai kérdése. De a Codex tisztán és határozottan lát. Ha az egyház célja az emberek üdvözítése (*salus animarum*), akkor az a célkitűzés az egyház hatalmának kiterjesztését nem kötheti korlátokhoz. Az 1793 április 6.-án megalakult „Comité de salut public” a jakobinusoknak uralmát „a közjó” szolgálatába állítván, nem tartózkodott semmi beavatkozástól az emberek magánéletébe. A modern szocializmus és kollektívizmus ámbár az államot csak vezetőjévé teszi a gazdasági folyamatoknak, azért az individuális szabadságnak mégis halálos ellensége. Nem természetes-e az egyháznak hitéletében, hogy a hívő megadással fogadja az isteni akaratból folyó életszabályozást mindennemű életviszonyaiban, legyenek azok még olyan egyéniek is. Hiszen saját lelke üdvösségének hoz ezzel csekély áldozatot. Ugyanezen felfogás a parancsok, tilalmak, jogok és követelések természetét is lényegesen megváltoztatja, mert ezek és az evangéliumi „charitas” között, amint az különösen a „Hegyibeszédben” elhangzik, nagy a különbség.

A hatalom beavatkozása messze benyúl ugyan az egyén egyéni életébe, de hiányzik minden kényszer, mely azt ki is erő-

szakolná, s az egyén szabad fejlődését megakadályozná. Nem közvetlen eszközökkel hat, hanem neveléssel, tanítással, hogy így az egyén saját belátásából kapcsolódjék bele az egyház életébe. És az élet azt mutatja, hogy a hívek ahelyett, hogy sokallanák, mindig többet és többet várnak az egyháztól, s az idő haladásával velejár az együttműködés gyarapodása, s a kényszer helyett a híveknek önkéntes összeműködése, mert tágul a köre azon lelki szükségleteknek, melyeket a magára hagyott hívő egyedül kielégíteni nem képes.

Van még két nagy kérdés, mely a hatalom elméletének buvárai közt Aristoteles óta nagy mozgalmat okozott, egyik a hatalom elágazásának, másik a hatalom központosításának kérdése. Mind a kettő sajátos megoldásra lel a Codexben.

Már Aristoteles az államhatalom működésének három főirányát különböztette meg: a törvényhozót, végrehajtót és a bírót. Ez az elméleti kérdés nagy gyakorlati fontosságot nyert Montesquieu és Rousseau óta a francia forradalom embereinél, utánuk pedig angol és német földön, Amerikában. Ezen főirányok elválasztása, sőt külön szervezése biztosítja állítólag a politikai szervezet tökéletességét.

A Codex ezen követelést figyelmen kívül hagyja és 19 százév alatt megállapodott szervezetét továbbra is fenntartja. Ugyanis az egyházhatalomról szóló tanításból következik, hogy a politikai hatalom szervezetéről szóló tanok a lelki hatalom szervezetére nem alkalmazhatók. A lelki hatalom természetének megfelelőleg a két hatalom szervezetének olyan különbözőnek kell lenni, amilyen lényeges a különbség a lelki és az állami hatalom közt.

Épen ez a nagy különbségben találjuk alapját az egyházi hatalom azon nagy központosításának, mely azt különösen jellemzi.

Nem állja meg helyét azon állítás, hogy itt a centralizáció másfélezer év tervszerű visszaéléseinek volna sajnálatos eredménye. A történelem ismerője jól tudja, hogy egy intézménynek húsz századon át fokozatosan fejlődni nem lehet másképen, mint a belső szükség erejénél fogva.

Jól tudja, hogy az emberi életben a *szükségesség* és a *lehetőség* milyen nagy hatóerők. Ezek hozták létre az egyházi centralizációt is, mely voltaképp csak az újabb idők eredménye. Az

egység gondolata kimutathatólag eleitől kezdve élt az egyházban, de a való életben csak az utolsó száz évben lépett életbe. Reakció ez az egyházi partikularizmus ellen, mely a 18-ik században megindult, hogy külön tartományokra darabolja szét a katolicizmust. A központosítás a kornak volt szüksége. Szükséges volt a széthúzó erők ellen védekezni. Szükséges volt a „modern“ eszmék mindig erősebb támadásai ellen az egyház erőit összeszedni és egy tekintély egységes vezetése alatt sorakoztatni.

De akármilyen nagy a szükség, az továbbra is kielégítetlen marad, ha ahoz a lehetőség nem járul. Szükséges volt, hogy előbb olyan vívmányokat létesítsen az emberi művelődés, melyek mellett a centralizálás megvalósítható. Ilyen különösen két technikai haladás. A közlekedés eszközeinek kellett előbb azt a csodálatos fejlődést vennie, mit azelőtt az emberek még csak nem is sejtettek. A közlekedés tökéletes- és könnyűsége nélkül a központosítás nem jutott volna előbbre, mint a régi századokban. E mellett vált lehetségessé, hogy egy hatalom, melynek geográfiai határai nincsenek, egy központból működhessen. Egy második mechanikai vívmány is járult ehhez: *a sajtó*. A sajtó hozza össze a legtávolabb élő embereknek és népeknek gondolkozását, és teszi azt mindig egységesebbé. Ezt a célt szolgálja *a népoktatás* is, melynek útján a klérus lejut a népnek legalsóbb rétegeihez, azt moralizálja és egységes szellembe irányítja.

Ezenkívül meg kellett még alakulni azoknak a vallásos egyesületeknek, az újkor vallásos gondolkozása ezen nemes gyümölcseinek. Ezekben még közelebb lehet férkőzni a hívek lelkéhez, hogy közvetlen hatással, még nagyobb sikerekre legyen kilátás.

Mindez a munkálkodás pedig annál inkább kedvez a központosításnak, mert a lelki élet szükségletei különböznek az anyagi élet szükségleteitől. Ezen lelki szükségletek morális és hitbeli természetüknél fogva lényegükben ugyanazonosok minden individualizmus és szubjektivizmus mellett is. Ezek az egységes vezetésre nemcsak alkalmasok, hanem azt kívánják is.

Igy aztán a központosítás megnyeri a maga természetes magyarázatát és elérhetővé teszi azt a célt, hogy érvényre emelje az egészet az egyén fölött (minek hiányában az egyház

atomjaira oszlanék), sőt magát az egyént is legfőbb céljához juttatja a földöntúli életben.

A rendelkezésemre álló helyre tekintettel még arról a mód-szerről kell valamit mondani, mellyel a Codex roppant nagy anyaga 2414 §-ban elhelyezkedik. Ez a Justinianus-féle hármas felosztás: de personis, de rebus, de actionibus. A régi római codexnek ez az utánzása azonban csak látszat, melyet a részek megtekintése azonnal eloszlat. Például a „De rebus“ alatt ott találjuk a szentségeket, a házassági jogot, szentelményeket, a tanítást és az egyházi hivatalokat. A római jog tanaiban nevelkedett profán jogász szemében legalább is szokatlan a keresztiséget, szt. misét, gyóntást a *res* felírása alatt látni. De a profán jogász helyett annál inkább beletalálják magukat azok, kik az egyház életét élik.

Van itt rendszer, van itt harmonia, de csak ezek számára.

Meglehet, hogy egy matematikus a maga szempontjából nem talál harmóniát ott, ahol azt a zenész azonnal megérzi. Nem onnan van ez, mintha harmonia nem léteznék, onnan sem, mintha ezt a zenész teremtette volna meg. A zenész egyszerűen harmóniát érez ott, ahol más nem érez. Így a hittel kapcsolatos jelenségeknek is meg van a maguk sajátos értelmük, mit az elvont tudomány nem lát meg, a hit azonban az ő különös képességével behatol azoknak értelmezésébe s életet ad azoknak. Nem onnan van ez így, mintha a hit teremtene értelmet azokba, hanem mert a hit az értelmet csak feltalálja.

A „Codex juris canonici“ egyike a legnagyobb műveknek, amiket ember produkált. Annak igazi értékét még csak a jövő fogja megmutatni. A jövőnek körvonalai pedig már kivehetők. Mióta ember lakik ezen a planetán, soha az ember nem volt hatalmasabb, mint ma. De nem is élt olyannyira vissza a hatalmával, mint ma. Hanem azért az a magasabb hatalom, mely az embert idáig nevelte, tovább is fogja nevelni. Ez nem történhet meg munka és küzdelem nélkül. Dőreség volna hinni, hogy az egyház jövője kényelmes, nyugodt uralkodásból fog állani. Munka és küzdelem az emberiség legmagasabb ideáljaiért: ez az ő jövője. Ebben a küzdelemben pedig a „Codex juris canonici“ nagy szolgálatokra van hivatva.

Inhalt. Kodifikation. Die wichtigsten Kodexe. Codex iuris canonici. Die einführende Bulle über die Entstehung des Codex. Subjektive Ursachen.

Die lange Regierung der Vorgänger Pius X. Der Konservatismus der Kirche. Gefahren. Die friedensliebende Politik Leos XIII. Energisches Auftreten Pius X. gegen die äusseren Angriffe. *Pascendi dominici gregis*. *Codex iuris canonici*. Sein vom profanen Rechte abweichender Charakter. Seine Eingriffe in das individuelle Leben. Die einheitliche Natur der Macht. Centralisation. Deren Ursachen und Möglichkeit derselben. Die Systematisierung des Gesetzesinhaltes. Harmonie und System. Das Verdienst des *Codex*.

Neue Entwicklungstendenzen des ungarischen Immobiliarrechtes.

Prof. VALENTIN von KOLOSVÁRY.

Es ist eine allbekannte historische Tatsache, die schon aus der Wechselwirkung des staatlichen und socialen Lebens hervorgeht, dass überall, wo die politische Macht des Staates durch fatale Ereignisse erschüttert wird: unvermeidlich auch eine Decomposition im Organismus der bisher bestandenen Ordnung der Gesellschaft eintritt. Institutionen von altbewehrtem Rufe fallen zusammen und geben Platz für neue, um die durch die allgemeine Erschütterung befreiten, vorher gebundenen Kräfte abzuleiten und den bisher latenten Keimen neue Entwicklungsziele zu setzen. Andererseits ist es auch möglich, dass alte Kulturgedanken, welche dem gesellschaftlichen Organismus in vergangenen Zeiten Jahrhunderte hindurch seinen Charakter und seine Individualität verliehen haben: eine wahre Auferstehung erleben und mit erstärkter und erneuerter Aktivität dem Drange moderner Ideen, die die Saat einer kommenden Welt in sich einzuschliessen schienen, widerstehen.

Eines ist jedoch sicher. Eines kann nicht geleugnet werden. Nämlich: es gab keinen Sturz, es gab kein Emporschwingen, es gab keine Erneuerung oder Umwälzung in der Geschichte der Nationen ohne dass in erster Reihe das Recht des Grund und Bodens seine Stimme alle übrigen Institutionen übertönend hören und sein Streben nach eingehenden Reformen erkennen gelassen hätte.

Das Recht des Grund und Bodens! Seine Anerkennung bildete die erste, feste Stufe des ganzen heutigen Kulturlebens, einen Schlussstein der in losen Zusammenhängen wandernd lebenden Gesellschaften und einen ewigen Beweis des langen Entwicklungsprozesses, durch welchen — im Laufe der Zeiten

— der moderne Staat und die moderne Gesellschaft sich heranbildeten. Das Recht des Grund und Bodens ist ein steter Begleiter der Revolutionen und meistens der Gährungsstoff derselben; es ist ein treues Spiegelbild des empordrängenden Strebens, Leidens und der Unterdrückung zahlloser Generationen. In ihm liegt der tiefste Grund aller Macht und der Massstab derselben; seine institutionelle Regelung verkörpert diejenigen aus der Tiefe des Volksgeistes entsprungenen Gedanken, wodurch die Lebensfähigkeit, das schöpferische Genie und das Rechtsgefühl einer Nation am treuesten charakterisiert wird.

Das Recht des Grund und Bodens bewährt sich demnach als eine mächtige Ader im Organismus der menschlichen Gesellschaft, die nicht nur den ganzen Lebensgang derselben mit seinen Pulsschlägen begleitet, sondern zugleich auch nach bestimmten Zielen vortreibt.

Dies war seine Rolle und Bestimmung auch in der Institutionen-Welt der ungarischen Gesellschaft, deren in 1848 nach einer nahezu acht Jahrhunderte langen Vergangenheit sich abschliessende Geschichte: allezeit von dem Recht des Grund und Bodens beherrscht war.

Das königliche Donationssystem, das Lehnwesen und die Aviticität, die dem Privatrechte einen öffentlichrechtlichen Anhauch gaben, waren diejenigen Grundpfeiler, worauf die ganze Konstruktion der ungarischen Gesellschaft ruhte. Sie brachen alle auf einmal unter dem Angriff moderner, revolutioneller Devisen zusammen, ohne dass der zerstörende Geist der Zeiten die Leere, die sie hinterliessen auszufüllen im Stande gewesen wäre. So wurde das Recht des Grund und Bodens von fremden Händen gänzlich umgestaltet, ohne dass es die moralische Kraft der bei Seite gedrängten alten Institutionen bewahrt und mit den veränderten Umständen in Einklang gebracht hätte.

Auf diese Weise kam auch die Entwicklung des Bodenrechtes in eine unnatürliche Richtung, woraus sieben Jahrzehnte später das unumgängbare Bedürfnis des Rückkehrs zur Vergangenheit hervorquoll.

Eine neue, schwere Erschütterung des Staatslebens liess dazu den Funken aussprengen. Und in der sogenannten „Agrarreform“ des heutigen ungarischen Gesetzbuches (G. A. XXXVI: 1920) erstrebt das Recht des Grund und Bodens die zerstörte

Kontinuität zwischen der Vergangenheit und Gegenwart wieder herzustellen. Das Recht des Grund und Bodens sucht hier die bei den heute gegebenen Umständen zutreffende Verwertung secularer Rechtsgedanken und erweckt eine wahre Renaissance solcher moralischer Kräfte und Werte, die von der Nation in einem Augenblicke des Rausches im Interesse der Unumschränktheit des Kredits, des Verkehrs und der individuellen Freiheit beiseitegeschoben wurden.

Es ist leicht darauf zu verweisen, was dem älteren (vormärzlichen) ungarischen Immobilienrecht einen charakteristischen moralischen Gehalt gab.

Der gesunde Instinct des ungarischen Rechts- und Gesellschaftslebens nahm — nämlich — aus dem Reiche der freien Spekulation den Erdboden schon ab origine heraus und betrachtete ihn, als einen der wichtigsten Faktoren der Sicherstellung und Konservation der Familie, der Nation und auch des Staates selbst. Dementsprechend wurde das Eigentum an Immobilien prinzipiell nur denen zuerkannt, die es verdienten und in dem Falle der Unwürdigkeit (es sollen gewisse Strafhandlungen hier gemeint sein) ging dieses Eigentum verloren. Der öffentlich rechtliche Charakter des Immobiliareigentums belastete einerseits den Grund mit ebenfalls öffentlichrechtlichen und persönlich zu leistenden Diensten, was zugleich als ein auszeichnendes Privileg galt; diese öffentlichen Dienste bedingten andererseits die Erbfolge des männlichen Geschlechtes und gaben dadurch dem Grundeigentum einen speziellen Charakter. Die Verfügungen zwischen Lebenden und die von Todeswegen waren grundsätzlich verboten (Milderungen bei dem Donatar und einige Ausnahmen sollen hier ausser Acht bleiben) und es hing über alle Donations-Immobilien eine „*juris communio*“ sämtlicher Blutverwandten, denen ein Expectuar auf das Eigentum zu Gunsten stand etc.

Nur *den Grundgedanken selbst* müssen wir heutzutage noch volle Anerkennung zollen; die *Form*, in welcher sich dieselben geltendmachen, ist nebensächlich und ihre Würdigung können wir der Rechtsgeschichte überlassen. Die neue Rechtsentwicklung trat gewiss auf rechten Pfad, als sie — unter anderen — mit einem kühnem Rückgriff das alte Donations-system in der Form der sogenannten „Helden- oder Braven-

grundstücke“ wieder zum institutionellen Leben rief. Damit erwachte, zwar partialiter, aber doch in strenger und weitgehender Regelung ein, in dem Immobilienrecht seit 1852 unbekanntes Element: nämlich das Moment des Verdienstes.

*

Nun gehe ich von der Festsetzung aus, dass die staatsoberhäuptliche Donation in die Reihe der Rechtstitel des Eigentumserwerbes an Immobilien aufgenommen wurde. Der Ministerial-Erlass No. 6650/1920. M. E. der im § 77 des Ges. Art. XXXVI vom Jahre 1920 incorporiert und so zur Gesetzeskraft erhoben wurde, bestimmt den neuen „titulus acquirendi“ folgendermassen:

„An diejenigen vorwurfsfreien Patrioten, die sich in der Verteidigung des ungarischen Staates ausgezeichnet haben können als Zeichen der Dankbarkeit des Vaterlandes Immobilien geschenkt werden.“ — „Der Name eines solchen geschenkten Grundes heisst Heldengrundstück. Die Qualität des Heldengrundstückes muss auf Grund der Donationsurkunde ins Grundbuch eingetragen werden.“

Das hiemit — im Kreise gewisser Rechtsverhältnisse — das alte Donationssystem in der Tat zur Geltung kam: kann durch eine kurze Confrontation genügend bewiesen werden.

a) Das Heldengrundstück bildet seiner Natur nach eine Beschenkung derjenigen braven Bürger, die im Weltkriege tapfer für das Vaterland gekämpft haben, und so verfolgt der Gesetzgeber damit auch das weitere Ziel, die Immobilien möglichst in verdiente Hände kommen zu lassen. — Die Hauptbedingung der vormärzlichen königlichen Donationen war ebenfalls das patriotische Verdienst, wie es z. B. Ges. Art. XXXI v. Jahre 1630 besonders hervorhebt:

„Quodsi porro bona, et jura quaecunque possessionaria, ad fiscum suae majestatis regum successu temporum fuerint devoluta; *in eorum donatione et collatione, sua majestas, instar praeursorum Hungariae regum, praedecessorum suorum, felicitis reminiscendae, virtuosarum et bene de repub. Hungarica meritaram personarum, condignam rationem habitura est:* juxta artic. XV anni 1608.“

b) Als förmliches Erfordernis finden wir hier wie dort die

Donationsurkunde, welche bei dem Heldengrundstücke auch als Stiftungsurkunde vorkommen kann, jedoch nur wenn sie mit staatsoberhäuptionlicher Bekräftigung versehen ist. Die patriotischen Verdienste müssen in der Urkunde vorgezählt werden.

c) Die Quelle der alten Donationen ist das *Jus Regium*; demzufolge konnte eine rechtskräftige Schenkung nur von dem jeweiligen gesetzesgemäss gekrönten Könige herrühren. Die Schenkung der Heldengrundstücke wurde ebenfalls in die Hände des Staatsoberhauptes gelegt; und wie das alte Recht eine Ausnahme in Form der Palatinalen-Schenkungen anerkannte: so anerkennt auch das heutige Recht eine Schenkung, die von wem immer stammen kann, falls sie durch das Staatsoberhaupt genehmigt wird.

d) Als Objekte der königlichen Donationen dienten die in das *Jus Regium* zurückgefallenen und zurückfallenden Immobilien. Die Ursachen des Rückfalles waren: *Defectus seminis* und gewisse Strafhandlungen, die mit Confiscation des Vermögens verbunden waren (Crimen laesae majestatis; Perduellio; Nota infidelitatis; Eidbruch; falscher Eid). Bei Donationsgütern trat der defectus seminis ein, wenn die nach der Donationsclausel zur Erbfolge berechtigten Abkömmlinge starben; bei Verlassenschaften anderer rechtlicher Natur im Falle der totalen Caducität (Devolutio virtualis vel juris. Devolutio realis vel possessionis). Ganz parallel mit dem vormärzlichen Recht gestaltet sich nun die Lage bei den Heldengrundstücken. Anstatt des *jus Regium* tritt aber hier das Staatseigentum hervor, welches durch die Anbietung oder Stiftung zum Zwecke der Heldengrundstücke begründet wird. Zu bemerken ist, dass falls Jemand seinen eigenen Grundbesitz für sich selbst oder für seine Abkommenschaft zum Heldengrundstück stiftet: die rechtliche Natur der so gestifteten Immobilien durch die Rechtskraft verleihende staatsoberhäuptionliche Bestätigung ebenfalls vom Standpunkte des Staatseigentums zu beurteilen ist. Ähnlich der „devolutio ad sanctam Coronam“ ist jedes Heldengrundstück dem Rückfalle ins staatliche Eigentum unterworfen und kann von neuem verschenkt werden. Sein Rückfall tritt ein, wenn kein fähiger oder anspruchhebender Nachkomme vorhanden ist und wenn der Eigentümer Vaterlandsverrat begeht, oder seinen bei der Übernahme geleisteten Eid bricht.

e) Die verschiedenen Arten der vormärzlichen Donationen sind auch bei den Heldengrundstücken zu finden. Das heisst: jedes Heldengrundstück ist zugleich eine sogenannte *pura donatio*, weil dafür keine Gegenleistung in Gelde zu zahlen ist. Wenn aber die mit dem Heldengrundstück verbundenen öffentlichrechtlichen Dienste als Entgelt aufzufassen wären: so käme immer eine *Mixta donatio* zustande. Man kann von einer *donatio directa* (de manibus regiis) sprechen, wo das Heldengrundstück unmittelbar durch das Staatsoberhaupt geschenkt wird; von einer *donatio consensu regio* (de manibus alienis), wo es bei staatsoberhauptideher Genehmigung von anderen herrührt.

i) Eine weitere Parallele finden wir zwischen den Klauseln der alten königlichen Schenkungsbriebe und der in den Donations- oder Stiftungsurkunden bestimmten speziellen Erbfolge und deren sich auf das männliche Geschlecht beziehenden Charakter. Der Stifter der Heldengrundstücke ist im Bestimmen der Erbfolge nur soweit begrenzt, dass seine Verfügungen dem Zwecke der Institution nicht widersprechen dürfen. Also es können z. B., dem alten Recht entsprechend, folgende Erbfolgeklausei aufgenommen werden: *eidem et per eum suis heredibus, heredumque suorum successoribus*; oder: *ejus heredibus et posteritatibus utriusque sexus universis*; oder: *ejusque heredibus et posteritatibus primoquidem masculini, iis vero deficientibus etiam feminei sexus universis*; oder: *eidem et per eum fratribus suis, eorumque heredibus et posteritatibus*. — Aber eine Klausel, wie z. B.: *ejusque heredibus et posteritatibus, legatariis item et cessionariis*: muss ausgeschlossen sein, denn der Eigentümer eines Heldengrundstückes besitzt nie das Recht (was dem ersten Donatar im vormärzlichen Donationssystem zuerkannt war) nach seinem Ableben testamentarisch einen Nachfolger zu nennen. Eine einzige Ausnahme bildet davon die modernisierte *Praefection* (Erklärung zu Tochter-Sohn), worauf wir später noch näher eingehen werden. Die spezielle gesetzliche Erbfolge ist übrigens wie folgt: die besondere Erbfähigkeit voraussetzend kommt die Succession erstens an den erstgeborenen Sohn und nach ihm immer an den männlichen Nachkommen. Nach Aussterben des ersten Zweiges folgen die jüngeren Zweige; die Primogenitur gilt überall als Regel. Fehlen männlicher Abkömmlinge, so hat der letzte Eigentümer mit Geneh-

migung des Staatsoberhauptes das Recht den Gatten oder den zukünftigen Gatten seiner Tochter als Erben zu bestellen, falls der so Bestellte zur Übernahme eines Heldengrundstückes im Allgemeinen als fähig betrachtet werden kann.

g) Zur Gültigkeit der alten königlichen Donationen gehörte unerlässlich die, durch richterliche Behörden vorzunehmende sogenannte Statution oder amtliche Einführung. Die nach allen Beziehungen sehr streng und skrupulös geregelte Art und Weise derselben sollte die Klausel „salvo jure alieno“ in dem ganzen Verfahren unter richterliche Garantie stellen. Dieses Moment der Statution wird bei dem Heldengrundstücke durch das Eintragen ins Grundbuch ersetzt und die feierliche Installation die der Statution vielleicht äusserlich näher zu stehen scheint, ist nur reine Ceremonie, welche mit dem Eigentumserwerb nichts gemein hat.

h) Ein wichtiger Unterschied zwischen den übrigens so nahe verwandten Institutionen stellt sich im Falle der Succession vor, indem nach dem vormärzlichen Recht der Nachfolger *ipso jure* succedirte und dazu keiner Installation und keines behördlichen Eingriffes bedarf. Demgegenüber kann der Erbe eines Heldengrundstückes seine Erbschaft nicht antreten ohne den Heldeneid zu leisten.

i) Ein weiterer Unterschied: Die Donationsgüter galten dem Donatar (erster Erwerber) als erworbenes Vermögen und so wurde ihm vom Recht die Testamentsfähigkeit eingeräumt; natürlich konnte er damit die virtualen Rechte der durch die Donationsklauseln zur eventuellen Erbfolge Berufenen und das Recht des Rückfalles nicht verletzen oder vereiteln. Der Eigentümer eines Heldengrundstückes ist dagegen mit Ausnahme der sub f) erwähnten Praefektion gänzlich testirunfähig und auch in seinen Verfügungen unter Lebenden weit mehr begrenzt als seiner Zeit der königliche Donatar es war. Selbst in dem Vermietten oder in dem einfachen Nutzungsüberlassen an Andere ist er zur Genehmigung des „Heldenstuhl“-es gebunden, welcher als besondere Behörde der Heldengrundstücke sein Benehmen, Schalten und Walten beständig zu kontrollieren befugt ist.

j) Als ein noch schrofferer Gegensatz muss endlich bemerkt werden, dass die königliche Donation weder dem Wittwenrechte (*jus viduale*) noch anderen etwaigen gesetzlichen

oder vertragsmässigen Sustentationspflichten entzogen und ausserdem auch mit dem *jus capillare* (Mädchen-Viertel, quartalitium) belastet war. Ob und wie weit ein Heldengrundstück diese Lasten (abgesehen von dem *jus capillare*, welches nicht mehr existiert) zu tragen verpflichtet sein kann? bleibt immer eine quaestio facti, deren Entscheidung in die Hände des Heldenstuhles gelegt ist. Bei dieser Entscheidung kommt nun ausschliesslich der Gesichtspunkt in Erwägung, dass die öffentlich rechtlichen Dienste des jeweiligen Heldengrundstückeigentümers durch die genannten Sonderrechte nicht gefährdet werden dürfen.

Es folgt aus den bisher Gesagten, dass das System der Schenkungen, sowohl im vormärzlichen Recht als auch in der Institution der Heldengrundstücke seiner Natur nach der Realisation desselben Gedankes dient: die Immobilien möglichst in verdiente Hände zu bringen.

Dieser Rechtsgedanke findet aber auch in anderen bodenrechtlichen Verhältnissen und Beziehungen Ausdruck.

So z. B. schon in der Institution der sogenannten „Kriegsgrundstücke“, deren Regelung (Ministerial-Erlass No. 1820/1917 M. E.) durch § 77 des Ges. Art. XXXVI v. J. 1920 ebenfalls bekräftigt wurde. Ein Kriegsgrundstück kann von Kriegsinvaliden, Kriegswittwen und Kriegswaisen beansprucht werden und dient einerseits zur Erleichterung des Lebens dieser Kriegsverunglückten und anderseits zur Belohnung der treuen Kriegsdienste.

Auch das neue Agrargesetz, das eine richtigeren Verteilung des Grund und Bodens anstrebt, hat den Zusammenhang zwischen Verdienst und Immobiliareigentum vor den Augen. Es erklärt nämlich als Ziel einer gemeinnützigen Agrarpolitik, dass diejenigen Staatsangehörigen, die ohne eigenes Verschulden trotz ihrer Fähigkeit und Geneigtheit zur Bodenkultur nicht ein händebreites Grundstück erwerben konnten: in ihren diesbezüglichen Bestrebungen vom Staate unterstützt werden müssen. Besonders und in erster Reihe eben die Verdienstvollsten, das heisst die mit der goldenen oder silbernen Tapferkeitsmedaille ausgezeichneten Feldbauer, Kriegsinvaliden von derselben Gesellschaftsklasse, die Kriegswittwen, erwachsenen

Kriegswaisen, dann die in öffentlichen Ämtern angestellten, die mit Ehre gedienten Soldaten und Wirtschaftsbeamten.

Die Frage, wie weit das Verdienstmoment in das Recht des Grund und Bodens eindringt, lässt sich aber von negativer Seite viel besser und ausgeprägter beantworten.

Stellen wir also die Frage so auf: wie und mit welcher Intensität lässt der Unverdienst seine Wirkung in dem neuen Bodenrecht gelten?

Bei dem Heldengrundstück verwirkt der Unverdienst, der sich im Vaterlandsverrat oder im Heldeneidbruch offenbart, das Eigentum selbst. Aber auch in weniger eklatanten Fällen kann ein Heldengrundstückbesitzer für seine eigene Person des Grundstückes verlustig werden und muss eine Succession an den nächsten gesetzmässigen Nachkommen noch in seinem Leben erdulden. So, wenn er die öffentlichrechtlichen Dienste treu zu erfüllen versäumt oder zu deren Erfüllung geistig und körperlich unfähig wird — ausgenommen, wenn diese Unfähigkeit eben durch die von der Leistung der fraglichen Dienste oder von im Kriege erworbenen Krankheiten, Defekten herühren sollte. Ferner, wenn er wegen Trunksucht, Stänkerei, Arbeitsscheu oder anderen moralisch streng zu verurteilenden Ursachen der allgemeinen Schätzung unwürdig wird, wenn er sein Grundstück fleissig zu bebauen oder dessen Lasten zu tilgen vernachlässigt und sich von der Familiengründung, das heisst vom Schliessen einer gesetzmässigen Ehe zurückzieht etc.

Auch bei dem einfachen „Kriegsgrundstücke“ bleibt die Unwürdigkeit nicht ohne Konsequenzen. Wenn nämlich der Eigentümer eines gegen den Staat verübten Verbrechens oder Vergehens halber rechtskräftig verurteilt wurde und eben so wenn er seine Staatsangehörigkeit verlor: hat der Stifter des Kriegsgrundstückes das Recht, den Grund zurückzulösen. Gleichermassen und in denselben Fällen verliert auch ein Rentengutsbesitzer (§ 66 G. A. XXXVI v. J. 1920), das ihm sonst gesicherte Recht, das Eigentum des Rentengutes erwerben zu können.

In den vorgezählten Fällen wird das Eigentum, respektive die Möglichkeit es zu erwerben (bei den Rentengütern) unmittelbar wegen einer entwürdigenden Handlung oder eines ähn-

lichen Benehmens entzogen. Die Motivierung dazu liegt an der Hand. Der Eigentümer eines Heldengrundstückes und ebenso der Besitzer des Kriegs- oder Rentengrundstückes erwerben ihren Grund durch die Verwirklichung einer ihnen wohlwollenden Agrarpolitik — denn es gilt aus öffentlichem Interesse den Verdienst, besonders den Kriegsdienst und die sonstige Tauglichkeit zur Bodenkultur zu belohnen. Diese Hauptbedingung darf daher von dem Interessenten selbst ohne Verlustkonsequenzen nicht vereitelt werden.

Demgegenüber geht das Gesetz dort, wo es im Bereiche des am Grunde des österr. allg. Civilgesetzbuches entwickelten freien Immobilienrechts die Reihenfolge derjenigen Immobilien bestimmt, welche zum Zweck der Agrarreform von den Eigentümern zwangsweise zu erlösen sind, viel weiter. An erster Stelle stehen in dieser Reihenfolge diejenigen Immobilien, welche in der Zeit vom Ausbruch des Krieges bis zum Inkrafttreten des G. A. XXXVI v. J. 1920 erworben wurden und über welche eine *praesumptio juris et de jure* des Kriegsgewinns schwebt. Dasselbe gilt für jene Immobilien, deren Eigentümer wegen staatsgefährlichen Strafhandlungen oder Vergehen, oder wegen Desertion rechtskräftig verurteilt wurden (§ 28). Diese Verfügungen zeigen deutlich das Moment der Unwürdigkeit als motivierende Ursache an. Dies wird auch durch die Ausnahmen bekräftigt. § 28 findet nämlich keine Anwendung dort, wo der Erwerber Kriegsinvalider, Kriegswittwe oder Kriegswaise ist, oder das Erwerb zwischen Verwandten erfolgte, oder die Grösse des erworbenen Gutes gewisse, im Gesetze bestimmte Grenzen nicht überschreitet.

Derselbe Gedanke beherrscht übrigens das ganze Gesetz, dessen allgemeine Bestimmungen einzelne Kategorien aus den Wohltaten der Agrarreform schon in voraus auszuschliessen versuchen.

Es kann z. B. bei der Verteilung der staatlich erworbenen Immobilien derjenige, dem die Übung seiner politischen Rechte rechtskräftig suspendiert wurde, nicht beteiligt werden; ebenso wenig derjenige, der im Concourse steht oder stand, oder ausser Concursverfahren einen Zwangsvergleich schliesst oder schloss; der einer militärischen Einberufung nicht Folge leistete und endlich jeder, von dem — entweder weil er wegen staatsgefähr-

lichen Strafhandlungen rechtskräftig verurteilt wurde, oder weil er in den revolutionären Bewegungen ein staats- und gesellschaftswidriges Benehmen bezeugte: nicht zu hoffen ist, dass er ein arbeitsames und nützliches Mitglied der Gesellschaft sein wird. Unter demselben Gesichtspunkt müssen auch die verstockten Stänker, Verschwender, die ein ehrloses und arbeitscheus Leben führenden Individuen beurteilt werden.

*

Von den bisher besprochenen Hauptcharakterzügen der Heldengrundstücke abgesehen, muss als besonderer Beweis der sich nach der Vergangenheit orientierenden Rechtsentwicklung noch eines hervorgehoben werden. Das alte Lehnssystem musste nämlich auch seinen Anteil mitbringen und verwerten lassen, indem die Heldengrundstücke gewissermassen mit persönlich zu leistenden und eidlich zu bekräftigenden Diensten belastet wurden. — In der Auffassung des alten Lehnsystems waren jedoch diese Dienstleistungen von rein privatrechtlicher Natur; hier haben sie — im Gegenteil — einen durchaus öffentlich rechtlichen Charakter. Die in Evidenzhaltung, Kontrollierung dieser Dienstleistungen, sammt der Pflege der Zucht, der patriotischen Gefühle und der Solidarität: fällt als besondere Aufgabe dem sog. „Heldenstuhl“ zu, welcher nicht nur als administrative, sondern auch als richterliche Behörde direkt zu diesem Zwecke organisiert wurde. Die Bestimmung des näheren Inhaltes der Dienstleistungen gehört zu dem öffentlichen Recht und wird entweder in den Donations- und Stiftungsurkunden oder in Erlässen des Heldenstuhles selbst behandelt.

Zur Leistung dieser Dienste ist der jeweilige Eigentümer verpflichtet. Die Möglichkeit dazu wird von mehreren Gesichtspunkten aus gesichert. Schon dadurch, dass jede moralische und körperliche Untauglichkeit die Übernahme eines Heldengrundstückes ausschliesst; weiter dadurch, dass die Heldengrundstücke nur ohne Gefährdung der Dienstleistungen durch das Wittwenrecht und jedwede Haltpflicht belastet werden können. Im Interesse der pünktlich und treu zu leistenden Dienste kann das Grundstück selbst durch den Heldenstuhl von dem Eigentümer entzogen und auf den nächstfolgenden Erben übertragen werden. Eine höchste Sicherstellung bietet aber die aus

dem Lehnswesen entliehene Eidpflicht. Bei der Übernahme eines Heldengrundstückes muss nämlich der Übernehmer, sei er der erste Erwerber oder dessen jeweiliger Nachfolger, auf das treue Erfüllen seiner Pflichten und Dienste den Helden schwur leisten. Wer sich dem Schwur mit eigenem Verschulden entzieht: wird als nicht Vorhandener betrachtet; wer seinen einmal geleisteten Eid bricht: verliert — sammt seiner Nachkommenschaft — das Eigentum am Grunde, welches ipso facto dem Staate zurückfällt und von neuem verschenkt werden kann.

Nichts enthebt übrigens von dem geleisteten Eid; allein der Tod oder das Verzicht auf das Grundstücke. Beide Tatsachen eröffnen die Succession des nächsten Anwärters.

Zur weiteren Sicherstellung des Heldengrundstückverhältnisses erweckte der Rechtsgeber aus dem alten Partikularrecht der Székler die sog. Praefektion, *mutatis mutandis*, zum erneuerten Institutionsleben. Wenn nämlich der Erblasser überhaupt keinen oder keinen zur Übernahme des Heldengrundstückes tauglichen männlichen Nachkommen hat: ist er berechtigt, den Gatten oder den zukünftigen Gatten seiner Tochter als testamentarischen Erben in das Grundstück einzusetzen und ihn auch zu der Aufnahme seines Familiennamens zu verpflichten. Somit wird die Tochter nach Auffassung des alten Rechtes dem männlichen Abkömmling rechtlich gleichgestellt, sozusagen aequalisiert, denn sie trägt den Namen an ihren Mann und an ihre Kinder über, wird dessen Aufrechterhalterin und Bewahrerin als ob sie nicht die Tochter, sondern der Sohn des Erblassers wäre. Zu solchen Erbeinsetzungen ist aber die staatsoberhauptliche Genehmigung erforderlich, sonst hat die Verfügung keine Rechtskraft.

Die Heldengrundstücke sind sonst prinzipiell ausschliesslich der männlichen Erbfolge unterworfen; sie sind unteilbar und richten sich den Familienfideicommissen ähnlich, nach der Primogenitur. Diese Charakterzüge dienen gleicherweise der Sicherstellung derjenigen öffentlichrechtlichen Dienstleistungen, womit die Heldengrundstücke unzertrennbar verbunden sind.

Aber auch ein anderer Rechtsgedanke taucht damit aus der Ideologie des vormärzlichen Rechtes empor und gelangt zur intensiven Geltung: das Prinzip der Erhaltung und des Schutzes des Familienvermögens.

Abgesehen von den Heldengrundstücken schuf die heutige ungarische Rechtsentwicklung auch in dieser Richtung ganz neue — doch im Grundgedanken alte — Institutionen, besonders die sog. einfache und unteilbare „Familienheimstätte“.

*

Die Mittel, durch welche das Recht die möglichst grösste Schonung des Familienvermögens verwirklichen wollte, fanden bei *all' diesen Typen* der gebundenen Immobilien Anwendung. So: das *Veräusserungs-* und *Belastungsverbot* bei den Kriegs- und Heldengrundstücken (Min.-Erl. 1820/1917 § 3 und 6650/1920 § 3); bei den Familienheimstätten (G. A. XXXVI v. J. 1920 § 71) und bei allen auf Grund des Ges. Art. XXXVI : 1920 erworbenen Gütern, die nicht als Familienheimstätten erklärt wurden. Weiter: die *Beschränkung der Zwangsvollstreckung und des Verfügungsrechts von Todeswegen*, bei den erstgenannten drei Typen; dann ebendasselbst die besonders bestimmte Erbfolgeordnung, die im Falle der Heldengrundstücke und der unteilbaren Familienheimstätte durch die *Primogenitur* und das Erbrecht des *männlichen Zweiges* charakterisiert wird.

Was nun erstens das Veräusserungs- und Belastungsverbot anbelangt: am intensivsten kommt es bei den Heldengrundstücken zur Geltung. Nicht nur die teilweise oder gänzliche Veräusserung und Belastung, sondern auch das Vermieten und die einfache, unentgeltliche Überlassung einer jeglichen Nutzung ist nämlich streng verboten. In äussersten Fällen hat der Heldenstuhl jedoch das diskretionäre Recht eine Belastung notwendiger Investitionen halber oder auch ein Vermieten *ratione aequitatis* zu erlauben. Der Mieter muss aber alle diejenigen persönlichen Eigenschaften besitzen, die zur Übernahme eines Heldengrundstückes gesetzlich vorgeschrieben sind und was die etwaige erlaubte Belastungen anbetrifft, ist der Kreis der Gläubiger sehr eng gezogen und es können ausschliesslich nur die Forderungen gewisser altruistischer Anstalten in Betracht kommen (Landes-Verband der ungarischen Bodenkreditanstalten und Landes-Zentrale der cooperativen Kreditgenossenschaften).

Die Verkehrsfähigkeit der Familienheimstätte ist etwas grösser, indem hier eine Belastung oder ein Vermieten, ja aus-

nahmsweise sogar auch eine Veräusserung ohne besondere Bedingungen bloss von der Genehmigung des Landbesitzgerichtes abhängt und in einzelnen, im Gesetze bestimmten Fällen überhaupt keiner Genehmigung bedarf. So: bei der Sicherung von öffentlichen Steuern, bei Ausnützung einer schon bücherlich vorgemerkten Belastungsgrenze; in richterlichen Enteignungsfällen und wenn die Veräusserung oder die überlassene Nutzniessung (Miete) zu Gunsten der Nachkommenschaft geschah (G. A. XXXVI: 1920 § 71). Auch der Kreis der Gläubiger ist hier grösser, zwar noch immer hinsichtlich der Natur der kontrahierten Schulden, begrenzt (Amortisationsdarlehen nicht unter 20 jähriger Verfallzeit). Bei den Kriegsgrundstücken und bei allen anderen sonst auf Grund des cit. G. A. XXXVI erworbenen Immobilien lässt die Kraft und Intensität des Veräusserungs- und Belastungsverbotes stufenweise ab. Im Falle der letzteren ist es sogar nur auf die Dauer von 10 Jahre bestimmt; bei den ersteren kann das Stiftungsgeschäft im Betreff der eventuellen Belastungen nach Belieben verfügen. Ansonsten hat das Landbesitzgericht auch hier denselben Wirkungskreis und dieselbe Kompetenz (§ 76).

In Verbindung mit den Veräusserungs- und Belastungsverboten kommen diejenigen Beschränkungen parallel zur Geltung, welche die Möglichkeit der Zwangsvollstreckungen in einen sehr engezogenen Kreis zurückdrängen. Dieses Merkmal tritt ebenfalls bei den Heldengrundstücken am schärfsten hervor. Es können nämlich nur die rückständigen Raten des von dem Heldenstuhl ausnahmsweise genehmigten Amortisationsdarlehens zwangsweise eingebracht werden, falls der Schuldner ausser seinem Heldengrundstück kein anderes Vermögen hat. Objekt der Zwangsvollstreckung kann ausschliesslich nur das Einkommen des Grundstückes sein, nie aber das Grundstück selbst. Durch Intervention des Heldenstuhles kann jedoch die Zwangsvollstreckung im letzten Moment noch immer verhindert werden, indem das Grundstück und seine Nutzniessung behördlich sequestriert und mit der Administration und Befriedigung der Gläubiger ein Verwalter betraut wird, der mit den Rechten eines gerichtlichen Sequestrators bekleidet ist.

Bei den anderen Typen der gemeinten gebundenen Immobilien sind dagegen einzelne Milderungen durchgeführt. Nöti-

genfalls kann nämlich die Zwangsvollstreckung hier, auch gegen den Bestand der Liegenschaften gerichtet werden, wenn es klar steht, dass die Einkünfte des Grundstückes binnen 2 Jahre (bei Kriegsgrundstücken 3 Jahre) für die Forderung der Gläubiger — unter den gegebenen Umständen — keine Deckung bieten. Ferner räumt das Gesetz dem Staate und demjenigen, den das Landbesitzgericht an Stelle des Staates designierte ein *jus offerendi* ein und somit kann das Grundstück unmittelbar vor der Zwangsversteigerung, jedoch nicht unter dem Ausrufungspreis eingelöst werden. Als ein weiterer Unterschied den Heldengrundstücken gegenüber ist endlich zu bemerken, dass bei diesen Typen der gebundenen Liegenschaften auch persönliche Forderungen die aus unerlaubten Handlungen oder aus einer Haltpflicht herrühren zwangsweise geltend gemacht werden können.

Dem Veräußerungs- und Belastungsverbote unter Lebenden, gleichwie der Beschränkung der Zwangsvollstreckung tritt nun als notwendige Ergänzung die Restriction der Verfügungen von Todeswegen bei, sammt der besonderen Erbfolgeordnung der männlichen Abkommenschaft und den Prinzip der Primogenitur. Auch in dieser Beziehung tritt das Heldengrundstück als die am kraftvollsten ausgebildete Rechtsinstitution in den Vordergrund. Mit einer Erbfolge von rein männlichem Charakter, mit der unbedingten Primogenitur und mit der absoluten Unteilbarkeit des Vermögens: wird das Verfügungsrecht des jederzeitigen Erblassers hier nur in einem einzigen Fall anerkannt, nämlich wo eine Praefection in dem oben angegebenen Sinne vorgenommen werden kann.

Bei den Familienheimstätten und Kriegsgrundstücken hat dagegen der Erblasser ein ausgedehnteres Verfügungsrecht, indem er die Teilung unter den gesetzlichen Erben, das Wittwenrecht oder Wittwenteil nach Gutdünken bestimmen und falls keine Abkömmlinge, keine Gattin oder Eltern vorhanden sind, seinen Nachfolger aus der Reihe der sonstigen gesetzlichen Erben testamentarisch ernennen kann. Der so Eingesetzte kann bei den Kriegsgrundstücken auch ein Fremder sein, wenn er sich dazu durch Versorgung und Pflege des Erblassers verdienstlich machte.

Diese Lage verändert und gestaltet sich ganz ähnlich den

Heldengrundstücken, falls eine Familienheimstätte bei der Übernahme durch den Anwarter oder schon bei ihrer Gründung mit der Genehmigung des Landbesitzgerichtes und unter denselben Formalitäten die für die Testamente vorgeschrieben sind, zur „*unteilbaren Familienheimstätte*“ erklärt wurde. Ein solcher Familienbesitz geht als unteilbares Ganzes auf den von dem Erblasser ernannten Erben — und in Mangel eines Testamentes auf den erstgeborenen männlichen Abkommen —, sollte aber keiner vorhanden sein auch auf den weiblichen Zweig der Descendenten über. Bei gänzlichem Fehlen jeder Abkommenschaft fällt der Familienbesitz den Eltern, respektive den Seitenverwandten zu, immer aber in seiner Unteilbarkeit und den Charakter der männlichen Erbfolgeordnung möglichst behaltend. So praeveniert der Mann in gleichberechtigtem Grade dem Weibe und bei gleichem Geschlecht der Ältere dem Jüngeren. Die jetzt gegebenen Regeln sind dispositiver Natur; dementsprechend kann die Stiftungsurkunde für den Fall des eventuellen Fehlens der Descendenten auch eine andere Erbfolge vorschreiben.

In den übrigen Beziehungen sind die für unteilbar erklärten Familienheimstätten von den Heldengrundstücken verschieden. Der jederzeitige Erbe ist nämlich verpflichtet seine zum Pflichtteil berechtigten Miterben und die gesetzlichen Erbrechte der Wittwe zu befriedigen. Dies kann in Barzahlung oder in rentenmässigen Naturalien geschehen gemäss dem Erträgnisswerte des Familienbesitzes. Bei der Wertschätzung darf der Verkehrswert des Grundstückes höchstens bis zu seinem Zweidrittel berechnet werden. Diese Regel bedeutet für die Miterben ohne Zweifel eine gewisse Interessen-Abkürzung, die wenigstens im Falle einer autorisierten Veräusserung vergütet werden muss. Das geschieht dadurch, dass bei einer binnen 15 Jahre erfolgten Veräusserung der erreichte Mehrwert unter den gewesenen Miterben einer aequalen Teilung unterworfen wird.

*

Unsere Ergebnisse können wir nun in folgende Thesen zusammenfassen:

Die in dem G. A. XXXVI : 1920 sich darbietende Entwicklung des ungarischen Immobilienrechts brachte als wichtigste

und prinzipiellste Neuerung die Aufnahme der staatsoberhäuptionlichen Schenkung unter die Erwerbstitel des Eigentums an Grundstücken, mit sich.

Auf diesem Wege entstand die Rechtsinstitution der Hel dengrundstücke und in diesem Wege erwachte nicht nur der dem alten königlichen Donationssystem eigene Grundgedanke, sondern auch in modernisierter Form der noch ältere Lehnbesitz. Begleitende Rechtserscheinungen sind: die männliche Erbfolge, die Familienfideicommissähnliche Primogenitur, die sogenannte Praefection mit modifiziertem Inhalt; ferner: das gesetzliche Veräußerungs- und Belastungsverbot und die Beschränkung der Zwangsvollstreckung und der Verfügungen von Todeswegen.

Die andere und nach ihrer Natur mehr allgemeinere Reform liegt in den Familienheimstätten vor uns und lässt ebenfalls einen nicht minder altbewehrten Gedanken aus dem Rechtsinstitut der Aviticität des vormärzlichen Rechts wieder aufleben. Es verändert sich jedoch das Bild bei den für *unteilbar* erklärten Familienheimstätten, wo der Familienbesitz des ausge dehnten Schutzes wegen den Charakter der Bauer-Fideicom misse annimmt und sich ganz an die Erbfolge des männlichen Zweiges und an die Primogenitur lehnt. Der institutionelle Zweck bleibt aber von dem der Familienfideicommiss verschieden. Die Familienheimstätten dienen nämlich zur Verwirklichung der Ziele einer gemeinnützigen Agrarpolitik und nicht dem Privatinteresse einer einzelnen Familie. Ihre Gebundenheit ist demzufolge grösser; sie können den freien Verfügungen des Eigentümers nie (also auch im Falle des „defectus seminis“ nicht) überlassen werden, sondern fallen bei dieser Eventualität dem Staate zu (ad Normam devolutionis ad sanctam Coronam).

Alle diese Merkmale sind bei den einfachen Kriegsgrundstücken und bei den anderen auf Grund des G. A. XXXVI : 1920 erworbenen (teilweise ausgeteilten) Immobilien wahrzunehmen, aber nur in blasserer Schattierung; was jedoch auch diesen Liegenschaften ihren Grundcharakter verleiht, das ist die entscheidende Rolle des mit dem Grundeigentum in Relation gesetzten Verdienstmoments.

Wenn das neue ungarische Agrargesetz besonders in seinen technischen Beziehungen so mangelhaft wäre, wie man es ihm gewöhnlich vorwirft, wenn es auch vielleicht heute schon

nach einer zweijährigen Lebensdauer einer novellarischen Modification reif geworden sein soll, wie es ebenfalls allgemein behauptet wird: die unbefangene Kritik kann dennoch ein wertvolles Resultat dem Gesetzgeber nicht ableugnen. Dieses Resultat liegt in dem Umstand, dass es endlich gelungen ist in jene materialistische Geisteswelt, die sich in dem auf Grund des österr. allg. bürgerl. Gesetzbuches entwickelten Immobilienrecht so treu widerspiegelt: wenigstens einen einzigen Tropfen von dem edlen und durch lange Jahrhunderte bewahrten Idealismus unserer Väter einzuflößen, dass es gelungen ist in das Recht des Grund und Bodens den ehemaligen moralischen Inhalt, den ein übertriebener Liberalismus binnen kurzer Jahrzehnte aus unserem Recht gänzlich ausrotten konnte, wieder eindringen zu lassen.

Nichtvermögensschaden im ungarischen Privatrecht.

I.

1. Die Erfahrungen der Kriegszeiten und der Nachkriegszeiten brachten die Anpassungsfähigkeit des ungeschriebenen ungarischen Gewohnheitsrechtes eigentümlicherweise eben in solchen Fragen ans Tageslicht, die man sonst als besonders geeignet betrachtet die Notwendigkeit eines *Gesetzbuches* zu erweisen.

Wie vor dem Kriege die anfangs unklare Lehre der ausserblichlichen Gutgläubigkeit bei dem Erwerb und der Belastung der Liegenschaften,¹⁾ so wurden später auch die Rechtsmaterien der Unerschwinglichkeit der vertraglichen Sachlieferungen,²⁾ ferner der inhaltlichen Veränderung der Geldschuld infolge der Geldentwertung³⁾ nicht in Gesetzen, sondern vor allem in der richterlichen *Praxis* angeschnitten und daselbst wenigstens in ihren Hauptzügen auch befriedigend gelöst.

Ähnlich breiten und erweitern sich schon seit mehr als einem Jahrzehnt die Rechtssätze über den Nichtvermögensschaden ebenfalls in einer Richtung, die erst schüchtern, dann immer fester richterliche Entscheidungen angaben.

¹⁾ Vgl. mein Ungarisches Privatrecht (Berlin, Gruyter. 1921, 1923). Bd. II. S. 18 ff.

²⁾ Die Praxis nennt sie wirtschaftliche Unmöglichkeit. Sie rief eine reiche Fachzeitschriftendebatte hervor, deren Zusammenfassung am besten bei Szladits: Magánjogi Döntvénytár Bd. XV, No. 48, 89 und Bd. XVI, No. 59 zu finden ist.

³⁾ Die Praxis spricht beständig von der „Valorisation der Geldschuld“. Jetzt liegt aber schon ein GA XXXIX, 1923 vor, der teilweise auch diese Frage lösen will.

Am Anfang der neueren Periode des ungarischen Privatrechts, den man in das Jahr 1848 verlegen darf, zeigt dieser Rechtsstoff, wie so mancher andere auch, im ersten Augenblick einen gewissen Rückschritt, der jedoch zugleich mit den Nebeln des übertriebenen Nachahmens fremder Rechtsgedanken bald verschwindet und einer bewussten, zwar westlich orientierten, doch zugleich auch die eigentümlichen ungarischen Verhältnisse scharf im Auge behaltenden nationalen Entwicklung Platz gibt.

Das vormärzliche ungarische Privatrecht wies nämlich — wie dies bei seiner Verquickung mit dem damaligen öffentlichen Recht Ungarns selbstverständlich war — zahlreiche Fälle der gesetzlichen Bussepflicht auf,⁴⁾ welche neben der strafrechtlichen auch noch eine privatrechtliche Tendenz enthielten, nämlich mittelbar den Ersatz des Nichtvermögensschadens zu erwirken.⁵⁾

Die Kodifikation des ungarischen Strafgesetzbuches liess nun diese letztere Tendenz ganz beiseite und die Folge davon war eine ziemlich lange andauernde Weigerung der Praxis jeden Nichtvermögensschaden anzuerkennen.

2. Dies war auch nicht gut anders möglich, denn obzwar die weitherzige Fassung des in der Praxis damals vielfach in hohem Ansehn gestandenen ÖBGB⁶⁾ auch die Erstattung des Nichtvermögensschadens ermöglicht hätte, hielt sich die herrschende Lehre dennoch streng daran, dass der Vermögenswert, oder doch die Rückführbarkeit auf einen Vermögenswert ein Kriterium des Forderungsrechtes sei,⁷⁾ weshalb die Ausgleichung nichtvermögensrechtlicher Nachteile als dem Begriffe der Forderung widersprechend erschien.

⁴⁾ Besonders bei den *actiones maioris potentiae* usw. Vgl. Frank: *Közgazság törvénye* 358—370. Grosschmid: *Fejezetek* Bd. I, S. 761. Reiner (im ung. Fodor'schen Privatrecht) Bd. III, S. 854 ff. Meszlény: (in der Abhandlung „Über den Rechtsschutz der Nichtvermögensinteressen“) *Privatrechtspolitische Studien* (ung. Budapest, 1901) S. 36—71, dann daselbst S. 29—34.

⁵⁾ Reiner a. a. O. G. A. V. 1878 kennt die privatrechtliche Busse nicht

⁶⁾ §§ 1293, 1295 (alter Fassung).

⁷⁾ So noch sehr scharf Sággy: *Allg. Lehren des Schuldrechts* (ung.). Budapest, 1877, S. 106, p. 5, wo dies als ein Kriterium der schuldrechtlichen Leistung angesprochen wird.

Diese einem dogmatisch starren Idealismus entsprossene Auffassung, die man wohl füglich als Übertreibung einer an sich richtigen naturrechtlichen Lehre von der Inkommensurabilität der idealen und der subjektiven Rechte des Vermögensrechts bezeichnen kann, wurde langsam so allgemein und durchdrang das Rechtsbewusstsein so tief, dass man auch noch so spät als 1918 in obergerichtlichen Entscheidungen Sätze findet, laut denen „die richterliche Praxis den Nichtvermögensschaden bloß in dem Falle als zuurteilbar anerkennt, wenn das verletzte moralische Interesse zugleich geeignet ist Vermögensschaden zu verursachen“.⁸⁾

Trotzdem diese Entscheidung schon in einem Zeitpunkte erbracht wurde, in dem bereits die unten behandelten gesetzlichen Vorschriften⁹⁾ eine viel freiere Entwicklung ermöglichten, darf man sie dennoch nicht wörtlich nehmen. Die seit 1867 stetig fortschreitende und sich erweiternde Anerkennung des Persönlichkeitsrechtes¹⁰⁾ brachte mannigfaltige, zwar offenkundige, doch von dem Vermögen so weit abliegende Rechtsverletzungen zu Tage, die früher oder später zu einer Neubegründung des Schadenbegriffes führen müssen und das Beharren bei der Ausschliesslichkeit des Vermögensschadens auch jetzt schon unmöglich machen.

Besonders augenfällige Beschädigungen der weiblichen und der Berufsehre: Nottzucht,¹¹⁾ Verführung,¹²⁾ Missbrauch des Abhängigkeitsverhältnisses gegenüber weiblichen Dienstboten und sonstigen Angestellten,¹³⁾ ferner gegenüber der geistigen, bezw. moralischen Überlegenheit des Verletzers anvertrauten Mädchen,¹⁴⁾ öffentlich verübte Kreditschädigungen,¹⁵⁾ überflüss-

⁸⁾ K 1918 P 1435 Mji Dt XII S 244 F 166.

⁹⁾ Besonders GA XIV. 1914 und die späteren ihn ergänzenden Gesetze vgl. weiter.

¹⁰⁾ Vgl. mein Ungarisches Privatrecht Bd. I, S. VII.

¹¹⁾ Mji DT IV F 140 das. VI 331 F 191 K 1912 P III 757. Behaupten dessen, dass der Verletzer mit dem Mädchen geschlechtlichen Verkehr hatte Mji DT VII 69 F 42 usw.

¹²⁾ Mji Dt XV 103 F 70 K 1921 P III 3257 u. v. a.

¹³⁾ Mji Dt XI 4 F 3.

¹⁴⁾ Zahnarzt gegenüber einer 16-jährigen Gratispatientin K 1918 P III 180 Ü. L. 1918/No. 19.

¹⁵⁾ Zwar ablehnend Mji Dt IX 209 F 204 K 1914 P VIII 4811.

sigerweise verletzende hämische Kritiken¹⁶⁾ artistischer Leistungen, eigenmächtige Änderungen von Kunstwerken¹⁷⁾ u. a. m. gaben Anlass zu einer Reihe gerichtlicher Entscheidungen, die trotz mancher Ablehnungen und Schwankungen einestails die privatrechtliche *Anerkennung des Nichtvermögensschadens unzweifelhaft erscheinen lässt, andererseits aber besonders in Anbetracht der gleich zu erörternden gesetzlichen Einzelvorschriften, die denselben Rechtsgedanken verkörpern, m. E. jetzt schon auch dazu drängt den letzteren nunmehr grundsätzlich festzulegen.*

3. *Die richterlichen Entscheidungen, welche — vorerst jeder gesetzlichen Grundlage bar — die Herstellungspflicht des Nichtvermögensschadens aussprachen, bezogen sich, wie aus dem Obigen ersichtlich ist, auf vorsätzliche Verletzungen der weiblichen Ehre, der Berufsehre, auf vorsätzlichen Missbrauch eines rechtlichen oder moralischen Abhängigkeitsverhältnisses, auf ebensolche Benachteiligungen des Rechtes der freien Ausübung eines und zwar besonders des künstlerischen Berufes.*

Gesetzlich festgelegte Tatbestände, die eine Vergütung des Nichtvermögensschadens zur Folge haben, schützen ähnliche Rechtsgüter.

So vor allem GA XLI, 1914 (§ 22, 24, 28), der die Ehrenbeleidigung, die falsche Anklage, sowie die Verleumdung vor Behörden, die Beleidigung der Ehre Verstorbener, die Kredit-schädigung auch mit der privatrechtlichen Folge des Ersatzes des Nichtvermögensschadens versieht.

Ähnlich lauten die in das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb aufgenommenen Vorschriften, denen gemäss absichtlich verübte und gegen den GA V, 1923 verstossende Handlungen zum Ersatz auch des Nichtvermögensschadens führen, wenn sie auf dem Wege der Presse, der Usurpation, der Kredit- und Leumundschädigung, der betrieblichen Bestechung, des Verrates von Betriebsgeheimnissen erfolgen (§ 35 des angeführten Gesetzes).

Allen bisher aufgezählten gesetzlich normierten Tatbeständen gemeinsam ist, dass eine strafbare Handlung vorliegt.

¹⁶⁾ Mji Dt XII 262 K 1918 P II 1747 usw.

¹⁷⁾ Z. B. Porträtbilder Mji Dt X 258 F 154 K 1915 RP II 3880.

Dasselbe etwas äusserliche Kennzeichen gilt auch für die zahlreichen, in das Autorgesetz (GA LIV, 1921) aufgenommenen Usurpationen des Urheberrechts. Hierbei bleibt es gleichgültig, ob sich diese auf Schrift- (18), Ton- (48), Bilder- und Skulpturwerke (§ 65), Fotografien (§ 71), Fonogramme, Kinowerke (§ 73) beziehen, ferner, *ob sie vorsätzlich oder blos fahrlässig verübt wurden* (18).

Dass aber die formale Kriminalisierung der hier in Frage stehenden Tatbestände keinesfalls zugleich als ein materielles Kriterium der gesetzlichen Erstattungspflicht des Nichtvermögensschadens zu betrachten ist, erhellt nicht blos aus dem letztangeführten Gesetz selbst, das alle Verübungsarten der Usurpation sozusagen mit auffälliger Absichtlichkeit auch noch einzeln mit der erwähnten Folge versieht — vgl. besonders die §§ 18, 19, 22, 23, 48, 57, 58, 65, 71, 73 des besprochenen Gesetzes — die eine restrictive Auslegung geradezu ausschliessen, sondern es erhellt noch einmal aus den schon angeführten *gerichtlichen* Entscheidungen, sodann aber unzweifelhaft auch aus anderen Gesetzesvorschriften.

GA XIV, 1914 § 39 Absatz 3 enthält nämlich den für unseren Rechtsstoff sehr bemerkenswerten Grundsatz, dass der durch eine auf dem Wege der Presse erfolgte Veröffentlichung verursachte Nichtvermögensschaden auch dann zu vergüten, bezw. dass eine entsprechende privatrechtliche Geldbusse auch dann zu entrichten ist, wenn die Veröffentlichung den Tatbestand einer strafbaren Handlung nicht verwirklicht hatte.

Obzwar der erste Absatz des angeführten § etwas zu allgemein gehalten ist, da er ohne jede weitere Einschränkung die Erstattungspflicht des Schadens vorsieht, der sich aus einer auf dem Wege der Presse erfolgten Veröffentlichung ergab, kann m. E. über die hier in Frage stehenden Tatbestände dennoch kein Zweifel herrschen.

Der Abschnitt des angeführten Gesetzes, dem der § 39 eingefügt wurde, trägt die Aufschrift „pressrechtliche Haftung“. Und § 32, der erste § desselben betont als Hauptmotiv des ganzen Abschnittes die auf dem Wege der Presse verübten *Verbrechen, Vergehen und Übertretungen*, dann noch einmal zusammenfassend die „*Strafhandlungen*“. *Mit einem Wort der angeführte Absatz 1, des § 39 ist auf Strafhandlungen, Absatz 3. hin-*

gegen auch auf sonstige widerrechtliche Veröffentlichungen anzuwenden.

Im ersten Augenblick scheint es eigentlich ganz überflüssig dies noch besonders hervorzuheben. Dass dies dennoch erfolgt, hat seinen Grund darin, dass der erste Absatz des § 39 ohne Betonung dieses Zusammenhanges leicht **auf jeden durch Pressveröffentlichung erfolgten Schaden** angewendet werden könnte,¹⁸⁾ *was auch die nicht widerrechtlich erfolgten Veröffentlichungen in den Umkreis der Erstattungspflicht des Vermögensschadens und des Nichtvermögensschadens einbeziehen würde.*

Dies ist selbstverständlich ganz ausgeschlossen. Es muss daher betont werden, dass, obzwar die angeführten Rechtssätze des § 39 GA XIV, 1914 die grundsätzliche Unabhängigkeit der Erstattung des Nichtvermögensschadens von *der Strafbarkeit* der denselben verursachenden Handlung aussprechen, sie sonst keine Abweichung von den allgemeinen Voraussetzungen dieser gesetzlich festgelegten Pflicht enthalten, *demnach auch nicht davon absehen, dass die den Nichtvermögensschaden verursachende Handlung, wenn auch keine Straftat, so doch wenigstens eine im privatrechtlichen Sinne verbotene Handlung verwirklichen muss.*¹⁹⁾

Von dem Standpunkte der gesetzlichen Erstattungspflicht des Nichtvermögensschadens aus ist es daher blosser Zufall, wenn GA XIX, 1915 die Verletzung der gegenüber der Behörde eingegangenen Vertragspflicht bei Kriegslieferungen erst kriminalisiert (§§ 1—5) und sie erst dann auch (§ 17) mit der Vergütungspflicht des durch die Straftat verursachten „ganzen Schadens“ — belastet — „den Nichtvermögensschaden, dessen Geldwert das Gericht nach freiem Ermessen bestimmt, mitinbegriffen“.

Was diese Belastung verursacht, ist nicht die *Straftat*, sondern die überaus grosse Wichtigkeit des verletzten oder gefährdeten staatlichen Interesses.

Der jetzt behandelte Tatbestand liegt schon an der Grenze

¹⁸⁾ Absatz 1 lautet: „Der Verletzte kann ausser der Erstattung des durch die Pressveröffentlichung verursachten Vermögensschadens — soweit dies in Anbetracht der Umstände des Falles der Billigkeit entspricht — für seinen Nichtvermögensschaden eine entsprechende Geldbusse fordern.“

¹⁹⁾ Vgl. mein Ungarisches Privatrecht Bd. I, S. 147 ff.

des Privat- und öffentlichen Rechts, seine Eigentümlichkeiten können daher keineswegs bloß durch das erstere bestimmt werden. Doch gibt er uns eben durch die Wichtigkeit des verletzten bzw. gefährdeten Interesses, die auch die privatrechtliche Straf- folge der gesetzlichen Erstattungspflicht des Nichtvermögens- schadens nötig macht und begründet, einen nicht misszuver- stehenden Fingerzeig, wie und wo die grundsätzliche Lösung der uns hier interessierenden privatrechtlichen Frage zu finden ist.

4. Hiervon weiter unten.

Die angeführten gerichtlichen und gesetzlichen Tatbe- stände stellen uns vor die unabwendliche Frage, *ob sie bloß eine zufällige Anhäufung innerlich sonst nicht verbundener Fälle bedeuten, oder vielmehr die halb unbewussten Äusserungen eines sich in dem ungarischen Privatrecht erst jetzt zu Worte meldenden Grundsatzes sind?*

Schon der Umstand, dass das Gesetz gleich die ersten schüchternen Anregungen der Praxis so bereitwillig anerkannt und entwickelt hatte, dass dies innerhalb kurzer Zeit auf ver- schiedenen Gebieten des Rechts zugleich erfolgt ist, was ja in dem an privatrechtlichen Gesetzen nicht überreichen Ungarn auffällig erscheint, legt den Gedanken nahe, *dass es sich hier nicht um blossen Zufall, sondern um die immer mehr vordrin- gende und bewusst werdende Verkörperung und Entwicklung eines im modernen neueren ungarischen Privatrecht bis nun nicht, oder doch nicht gehörig zum Ausdruck gelangten Grund- satzes handelt.*

5. Dieser ist wohl am besten den etwaigen Ähnlichkeiten, oder Gleichartigkeiten der entschiedenen, bzw. gesetzlich geregelten Fälle zu entnehmen. Und zwar umso mehr, da ja schon die bisherige Regelung gewisse Tatbestände, wie zum Beispiel die Schadensverursachung durch Veröffentlichungen der Presse ausdrücklich der formalen Kennzeichen entkleidet und sie auch dann zu Grundlagen der gesetzlichen Erstattung des Nichtvermögensschadens stempelt, wenn sie keine Straf- handlungen verwirklichen.²⁰⁾

Das gesetzliche Abstellen auf *materielle* Kennzeichen, sowie der auch in den gerichtlich entschiedenen Fällen klar

²⁰⁾ Vgl. GA XIV, 1914 § 39. Absatz 3,

zu Tage tretende Gedanke, dass es sich hier um eine dem Privatrecht entnommene *allgemeine Pflicht* handelt,²¹⁾ würden selbst dann auf einen in Entwicklung begriffenen, sich zusehends erweiternden Tatbestandskreis deuten, wenn den oben angeführten gesetzlich fundierten oder nicht-fundierten Tatbeständen dies bestätigende gemeinsame Züge nicht zu entnehmen wären.

Nun sind aber die letzteren m. E. ganz augenfällig und unverkennbar.

Handelt es sich ja in allen hier besprochenen Fällen um privatrechtlich verbotene und entweder vorsätzlich oder doch fahrlässig verübte Handlungen, die einen gewissen in dem modernen Recht sorgfältigst gehüteten und umschriebenen Rechtskreis schmälern.

Und zwar den Rechtskreis, der sich von der persönlichen Unverletzbarkeit und Selbstbestimmung, bis zur Berufs- und Geschlechtslehre, von dem guten Leumund und der ungestörten Anerkennung der Zeitgenossen, bis zur Unantastbarkeit der Geisteserzeugnisse erstreckt. Mit anderen Worten es sind die in der Neuzeit zu gesteigerter Anerkennung gelangten Bezeichnungs-, Bestimmungs- und Schutzrechte, deren Schädigung besonders empfindliche Rechtsgüter verletzt und demzufolge auch mit der neuesten und subtilsten Nachteilfolge der verbotenen Handlungen: mit der gesetzlichen Anerkennung und der Vergütungspflicht des durch die Verletzung angerichteten idealen Schadens versehen wird.

Alle bis nun anerkannten Fälle des Nichtvermögensschadens sind, so weit man sie zu überblicken vermag, vorsätzlich, oder fahrlässig verübte und gegen Ausstrahlungen des Persönlichkeitsrechtes gerichtete verbotene Handlungen.²²⁾

Selbst die Verletzung der Kriegslieferungsverträge, die wegen ihrer öffentlichrechtlichen Natur einigermassen ausser-

²¹⁾ Der Gedanke ist sozusagen allen Entscheidungen zu entnehmen. So z. B. MjI Dt XV 103 F 70 K 1921 P III 3257: „der allgemeinen richterlichen Praxis entsprechend ist zwar der Mann, welcher ein unberührtes Mädchen durch Eheversprechen, demnach Verführung ihrer Jungfräulichkeit beraubt, zum Ersatze des Schadens verpflichtet, doch . . .“ usw.

²²⁾ Vgl. mein Ungarisches Privatrecht Bd. I, 163,

halb unserer Frage zu liegen scheint, bedeutet eigentlich die privatrechtliche Folge dessen, dass durch sie die Grundlage jedes Persönlichkeitsrechtes, das ungestörte Bestehen und die ungestörte Kraftentwicklung, wenn man will: das Persönlichkeitsrecht des Staates gefährdet erscheint.

Und dass es sich bei der Gefährdung des letzteren um ähnliche privatrechtliche Folgen handelt, wie bei der gesetzlichen Pflicht der Erstattung des Nichtvermögensschadens, ist auch jenen Vorschriften zu entnehmen, die im GA, XVIII, 1915 und XLIII, 1921 den Vaterlandsverrat zugleich mit der Wirkung bekleiden, dass der Täter „als Vergütung des aus seiner Handlung sich ergebenden Schadens, Verletzung und sonstiger Nachteile, ohne Rücksicht auf die Höhe desselben und darauf, ob er auch tatsächlich eingetreten ist — mit seinem inländischen Vermögen in der Weise haftet, dass es durch die Verübung der Strafhandlung kraft Gesetzes auf den Staat übergeht (GA XVIII, 1915 § 2 und bei Fideikomissliegenschaften § 2, GA XLIII, 1921).“

Ohne Zweifel liegen die an letzter und vorletzter Stelle angeführten Vorschriften schon jenseits der Grenze des Privatrechts und der privatrechtlichen Erstattungspflicht des idealen Schadens. Doch kann auch ihnen entnommen werden, dass selbst dort, wo sich der Grundgedanke dieser Erstattungspflicht schon zu einer mehr-minder öffentlich rechtlichen *capitis deminutio*, zu der Verminderung der vermögensrechtlichen Rechtsfähigkeit verdichtet hat, noch immer, wenn auch selbstverständlich in bedeutend verstärktem Masse, jenes Prinzip waltet, das auch unsere Frage beherrscht, nämlich, *dass die verbotene Schädigung und Gefährdung der wichtigsten idealen Interessen privatrechtlich in Benachteiligungen des Täters ausklingt, die der Erstattung des Geldwertes des idealen Schadens überaus nahe stehen, ja eigentlich bloß eine höhere Stufe dieser Erstattungspflicht bedeuten.*

6. Alles in allem ist daher der Standpunkt des ungarischen Privatrechts noch weit davon entfernt den Grundsatz des § 885 des letzten Entwurfes des ungarischen bürgerlichen Gesetzbuches schon heute als geltendes Recht anzuerkennen.

EUG geht nämlich weit über die Verletzungen des Persönlichkeitsrechtes hinaus, indem er vorschreibt: „*Wer aus vorsätzlich oder grob fahrlässig verübter verbotener Handlung,*

oder Pflichtverletzung zum Ersatz des Schadens verhalten ist, hat, soweit dies in Anbetracht der Umstände des Falles der Billigkeit entspricht, auch für den Nichtvermögensschaden des Verletzten Geldentschädigung (Busse) zu zahlen“.

Weder gerichtliche Praxis, noch gesetzliche Vorschriften²³⁾ geben in der Gegenwart eine Grundlage dazu, verbotene Handlungen, die blos Vermögensrechte betreffen, oder sonst ausserhalb des Kreises des Persönlichkeitsrechts liegen, auch mit den Folgen der Erstattung des Nichtvermögensschadens zu versehen. Die Beschädigung, oder der Diebstahl eines Rubensbildes kann heute nicht auch zu einer Geldbusse führen, mag sie dem beschädigten Sammler noch so grosses Leid vielleicht sogar eine Gemütskrankheit verursacht haben. Die Verwirklichung eines Ehescheidungsgrundes hat wohl die Lösung der Ehe zur Folge,²⁴⁾ ist auch mit dem Verlust aller eherechtlichen Vorteile:²⁵⁾ der gesetzlichen Forderung des ehelichen Unterhaltes, des Treulohnes, der Gemeinnerrungenschaft verbunden, doch zur Erstattung des hiedurch verursachten Nichtvermögensschadens, ja selbst zur Erstattung des durch sie verursachten Vermögensschadens²⁶⁾ führt sie ebensowenig, wie etwa der unbegründete Rücktritt von einem Verlöbnis zu den englisch-rechtlichen Folgen des breach of promise.²⁷⁾

Und wenn die ungarische Praxis, die ja bei der Formulierung der Rechtsätze über die wirtschaftliche Unerschwinglichkeit, die Folgen der Geldentwertung und die sonstigen Wirkungen der massenhaften wirtschaftlichen Umwälzungen also auf dem Gebiete des Schadensrechtes grosse Selbständigkeit betätigt, von keinem einzigen Falle berichtet, in welchem als Folge

²³⁾ Die Verletzung der Kriegslieferungsverträge mit inbegriffen. S. oben.

²⁴⁾ GA XXXI, 1894 §§ 77 ff schweigen von der Schadensersatzpflicht und sehen blos eine Rückgabe der ehelichen Geschenke vor § 89.

²⁵⁾ Vgl. mein Ungarisches Privatrecht Bd. I, 189 ff.

²⁶⁾ § 3 des Ehegesetzes schreibt eine Vergütung der in Anbetracht der Ehe erfolgten Ausgaben und eine Rückgabe der Geschenke bezw. des Wertes vor.

²⁷⁾ Vgl. Indermaur Principles of Common Law (8-th edition) 463 „the jury fairly considering the grief caused by the breach, and the probable pecuniary and social loss sustained by the plaintiff; but any evil motives of the defendant, or circumstances of aggravation e. g. seduction may be taken into account“.

der Vertragsverletzung rein privatrechtlicher und vermögensrechtlicher Verträge die Erstattung des hierdurch verursachten Nichtvermögensschadens angesprochen und zugesprochen wurde, so kann m. E. hieraus nicht anderes gefolgert werden, *als dass das ungarische Privatrecht vorläufig einen diesbezüglichen Rechtssatz weder kennt, noch auch anerkennen will.*

7. Andererseits ist aber die Entwicklung heute dennoch schon über jenes Stadium hinaus, das Grosschmid²⁸⁾ und andere Rechtslehrer²⁹⁾ vor mehr als einem Jahrzehnt noch als den Standpunkt des damals geltenden Rechts angeben mussten.

Obzwar nämlich die Anerkennung der gesetzlichen Pflicht der Vergütung des Nichtvermögensschadens stufenweise sozusagen von Fall zu Fall und von Tatbestand zu Tatbestand erfolgt, gilt dies m. E. dennoch bloss geschichtlich, nicht aber auch grundsätzlich.

Das will besagen: das Prinzip selbst kam und kommt in der Praxis und in den Gesetzen bis nun bloss auf dem Wege der Anerkennung einzelner speziellen Tatbestände zur Geltung. Die Ähnlichkeit dieser Einzelfälle aber sowie ihre unverkennbare Zusammengehörigkeit lässt diese gesetzliche bzw. richterliche Anerkennung doch nur als die besonders hervorgehobenen Typen einer *Gattung* von Tatbeständen erscheinen, deren *ganzer* Kreis Eignung hat mit den Folge der gesetzlichen Erstattungspflicht auch des Nichtvermögensschadens versehen zu werden.

Entspricht dies aber der wirklichen Rechtslage, so muss man auch weiter gehen und behaupten, *dass selbst einzeln nicht hervorgehobene Fälle derselben Art, d. h. alle vorsätzlich, bzw. fahrlässig verübten verbotenen Beschädigungen und Gefährdungen des Persönlichkeitsrechtes, insofern dies mit keinem anderen Rechtssatz in Widerspruch steht, grundsätzlich auch dann schon mit der gesetzlichen Pflicht der Erstattung des Nichtvermögensschadens verbunden sind, wenn dies einem besonderen es anordnenden gesetzlichen Gebote, oder der sich in solchen Fällen noch nicht geäusserten richterlichen Praxis ausdrücklich nicht zu entnehmen wäre.*

8. Ist man nämlich einmal genötigt die gesetzlich und in

²⁸⁾ a. a. O. Bd. I, 761.

²⁹⁾ Valentin v. Kolosváry Privatrecht (ung.) I. Ausg. Bd. I, 204 ff., Bd. II, 36, Reiner a. a. O. III, 854, usw,

der richterlichen Praxis anerkannten Fälle ihrer inneren Natur nach *als Anwendungen eines einheitlichen Grundsatzes* zu erkennen, was unabwendlich erscheint, so ergibt sich hieraus von selbst die Frage, ob die bisher anerkannten Tatbestände den ihnen innewohnenden Grundsatz schon *vollständig*, oder aber bloß *teilweise* zum Ausdruck bringen, ob sie daher durch Umkehrschluss einengend zu erklären, bezw. zu beschränken, oder aber im Gegenteil zu erweitern und entwickeln sind.

Diese Frage kehrt in dem Gewohnheitsrecht Ungarns naturgemäss immer wieder, so oft das Gesetz und die richterliche Praxis neuartige Rechtsfolgen zur Geltung bringen. Und so oft sie auch wiederkehrt, muss man sie — vorausgesetzt, dass es sich um kein Ausnahmerecht handelt — im Zweifel immer in den Sinne beantworten, dass die gesetzlich oder richterlich anerkannten Tatbestände bloß zufällig hervorgehobene Fälle eines *allgemeinen Grundsatzes* bedeuten, dass sie daher *entwicklungsfähig* sind.

Diese Auffassung macht schon die unumgängliche Annahme notwendig, dass Richter und Gesetzgeber sich im Zweifel mit den allgemeinen Grundsätzen des von ihnen entwickelten Gewohnheitsrechts in Einklang und nicht in Widerspruch setzen wollen. Ohne eine solche Annahme herrscht in jedem Gewohnheitsrecht eine ständige und unerträgliche Diskrepanz des gesetzten Rechts, bezw. der richterlichen Praxis einerseits und des nicht gesetzten Rechts andererseits.

9. Zu demselben Resultat führt aber in unserer Frage auch die Beachtung der einschlägigen Vorschriften des Strafgesetzes (GA V, 1878) und der Strafprozessordnung (GA XXXIII, 1896).

Das letzterwähnte Gesetz ordnet nämlich im § 589 an, dass falsche Anklage und falsche Zeugenschaft, wer immer auch der Täter sei, ferner die gegen die persönliche Freiheit, das Hausrecht, das Brief- und Telegrammgeheimnis gerichteten Strafhandlungen eines öffentlichen Beamten, wenn sie zur unschuldigen Verurteilung, Haft oder Untersuchungshaft führten, zum Ersatz des vollen Vermögensschadens verpflichten.

Der Anspruch hat besondere prozessuale Voraussetzungen: die gerichtliche Feststellung dessen, dass dem Verletzten gegenüber dem Staat ein Entschädigungsanspruch zusteht, ferner dass der Schaden durch die von seiten des Justizministers zugebil-

ligte Summe nicht gedeckt ist, endlich dass sich der Verletzte statt des Schadensersatzes nicht mit einer gesetzlich festgelegten „Benachteiligungssumme“ begnüge. Diese seien hier blos erwähnt.

Wichtig erscheint hingegen, dass GA XXXIII, 1896 noch auf dem Standpunkt steht, dass dem Verletzten blos der Vermögensschaden zukomme, was gegenüber den überwählten Grundsätzen einen krassen Widerspruch bedeutet.

Zugegeben sei nun, dass das letzt angeführte Gesetz weder dem Staate gegenüber, noch aber den im § 589 angeführten Einzelnen gegenüber einen Anspruch auf Ersatz des Nichtvermögensschadens verleiht,³⁰⁾ beschränkt es ja selbst den Vermögensschaden zugunsten des Staates auf die nach dem Gutdünken des Justizministers bestimmte Summe (587).

Dies war auch der Grund dessen, dass die §§ 576—589 der Strafprozessordnung oben nicht unter den gesetzlich geregelten Fällen aufgezählt wurden, die eine Grundlage der Erstattung des Nichtvermögensschadens bilden.

Wie steht es aber mit der durch falsche Anklage und falsche Zeugenschaft, sowie mit den von seiten eines öffentlichen Beamten durch die überwählten Strafhandlungen verursachten Nichtvermögensschaden?

Zwar ist es nach den ausdrücklichen Vorschriften des § 28 GA XLI, 1914 ganz ausser Frage, dass das Verbrechen, sowie das Vergehen der falschen Anklage, ob diese nun zur Haft des Verletzten führten oder nicht, zu dessen Gunsten auch die gesetzliche Pflicht der Erstattung des Nichtvermögensschadens zur Entstehung bringen.

Aber kann man es wirklich behaupten, dass GA XLI, 1914 § 28 blos jene Vorschrift des § 589 der Strafprozessordnung ausser Kraft setzte, die sich auf die falsche Anklage bezog, es aber hinsichtlich der übrigen in demselben § aufgezählten Verbrechen und Vergehen beim Alten liess?

Meiner festen Überzeugung nach ist dies ganz ausgeschlossen. Eine gewisse minimale Harmonie muss in der ganzen Materie des Privatrechts und besonders in der der verbotenen Handlungen herrschen. Es ist unmöglich ganz entgegengesetzte

³⁰⁾ Zutreffend V. v. Kolosváry a. a. O, Bd. I, 206. ff.

Ersatzfolgen an den Unterschied zu knüpfen, ob die unschuldig erlittene Haft auf falscher Anklage, oder aber auf falscher Zeugenschaft beruhte. Es wäre geradezu ein Hohn auf die Gerechtigkeit im ersteren Falle laut § 28, GA XLI, 1914 auch Nichtvermögensschaden zuzuteilen, im letzteren Falle aber dies mit der Begründung abzuweisen, dass die an zweiter Stelle angeführte Gesetzesvorschrift die Strafhandlung der falschen Zeugenschaft gar nicht erwähnt, dass demzufolge auf sie bloß die alte Vorschrift des § 589 Strpr. angewendet werden dürfe, die den Nichtvermögensschaden noch ausschliesst.

Das Rechtsgefühl und besonders der Instinkt der Gerechtigkeit würde sich gegen eine solche Buchstabenauslegung ebenso empören, wie auch gegen die Behauptung, dass eine falsche *Anklage*, ganz *unabhängig davon, ob sie auch zur Haft des Verletzten führte*, die gesetzliche Erstattungspflicht auch auf den Nichtvermögensschaden erstreckt, eine *falsche Zeugen-schaft* hingegen nicht, oder etwa dagegen, dass man die erwähnten Verbrechen und Vergehen, wenn sie von einer Privatperson verübt wurden, auch mit der Erstattungspflicht des idealen Schadens versehe, hingegen, wenn der Täter ein öffentlicher Beamter war, sich streng an die alte Vorschrift des § 589, GA XXXIII, 1896 halte und ihr entsprechend den Nichtvermögensschaden nicht zuerkenne.

Der § 589 der Strafprozessordnung gilt vielmehr zwar selbst nach Erbringung der Vorschrift des § 28 GA XLI, 1914 einheitlich, doch muss diese Einheitlichkeit bloß auf die in demselben aufgezählten *Tatbestände*, sowie auf die prozessualen *Voraussetzungen* des darin gewährten Anspruches beschränkt werden, *die Rechtsfolgen* hingegen, der *Inhalt* dieses Anspruches selbst muss jetzt m. E. schon dem § 28, GA XLI, 1914 entnommen werden.

Muss man nun eine derartige innere Entwicklung des § 589 der Strafprozessordnung annehmen, so beweist auch schon diese, dass selbst die gesetzlich ausdrücklich *festgelegten* Tatbestände der Erstattungspflicht des idealen Schadens nicht *alle*, sondern bloß *einzelne, zufällig hervorgehobene Fälle derselben bedeuten*.

Dies ergibt sich auch aus anderen Vorschriften des Strafgesetzes.

Nehmen wir z. B. § 292, GA V, 1878 laut dem Mord und vorsätzliche Tötung auch dazu verpflichten, denjenigen deren Unterhalt den Getöteten belastete, „entsprechenden Schadenersatz“ zu zahlen. Der Schadenersatz kann den Umständen gemäss bald in einer Kapitalsumme, bald in einer Rente bestimmt werden.

Vor Anerkennung des idealen Schadens konnte diese Summe den letzteren selbstverständlich nicht enthalten, heute schon. Zwar ist eine diesbezügliche richterliche Rechtsprechung bis nun noch nicht veröffentlicht, doch kann sie in einem Rechtssystem, das selbst Notzucht, Verführung, Missbrauch der moralischen Überlegenheit, Hinderung der freien Betätigung eines künstlerischen oder sonstigen Berufes, und illoyalen Wettbewerb mit der Folge der Erstattung des Nichtvermögensschadens versieht, unmöglich ausbleiben. Die hier aufgezählten Strafhandlungen fallen gegenüber dem Mord und der vorsätzlichen Tötung selbst von dem Standpunkte der privatrechtlichen Interessenbeschädigung so leicht in die Wagschale, dass diese Schlussfolgerung wohl keiner weiteren Worte bedarf. Unmöglich scheint es auch den idealen Schaden bei einer schweren körperlichen Verletzung zu versagen, da ja GA XLI, 1914 § 28 ihn schon bei der Ehrenbeleidigung zuerkennt.

Beispiele und Folgerungen liessen sich leicht vermehren. Nach dem bisher Ausgeführten erübrigt sich dies aber von selbst. Vielmehr scheint es nun schon angezeigt festzustellen, dass *in dem ungarischen Privatrecht heute ausser den in der richterlichen Rechtsprechung und in den Einzelgesetzen festgelegten Tatbeständen, vorausgesetzt, dass dem keine anderen Rechtsvorschriften widersprechen, auch noch die übrigen, besonders krassen vorsätzlichen oder fahrlässigen Schmälereien, Benachteiligungen und Gefährdungen des Persönlichkeitsrechts und insbesondere die Benachteiligungen der ihm entströmenden Bezeichnungs-, Bestimmungs- und Schutzrechte³¹⁾ zugleich mit der gesetzlichen Pflicht der Erstattung des Vermögensschadens, wo dies nicht genügend erscheint, auch eine ebenfalls gesetzliche Erstattungspflicht des Nichtvermögensschadens zum Entstehen gelangen lassen.*

³¹⁾ Vgl. mein Ungarisches Privatrecht Bd. I, S. 163 ff.

II.

1. *Die Tatbestände, die zur gesetzlichen Erstattungspflicht des idealen Schadens führen, sind demnach gegen das Persönlichkeitsrecht gerichtete verbotene Handlungen und diese Erstattungspflicht die subtilste privatrechtliche Folge der erwähnten verbotenen Handlungen.*

Hieraus folgt, dass sowohl das Vorliegen, als auch das Mass des idealen Schadens nach jenen Regeln bestimmt werden müssen, die für die verbotenen Handlungen des Persönlichkeitsrechts gelten.

Tatsächlich wird vor allem das Vorliegen eines idealen Schadens erst gerichtlich *überprüft* und nur in dem Falle zur Bestimmung der Höhe desselben geschritten, *wenn das Gericht es den Umständen des Falles und den Anforderungen der Billigkeit gemäss entsprechend findet überhaupt eine Genugtuung zuzusprechen.*

Das heisst, während beim Vorliegen des Vermögensschadens der Richter *blos* zu untersuchen hat, ob eine Verminderung der Vermögensgüter des Beschädigten eingetreten ist und in diesem Falle, ohne jede weitere Schranken auch verpflichtet ist die Höhe des Schadens gewöhnlich mechanisch, immer jedoch genau dem Tatbestande entsprechend zu bemessen, hängt die Entscheidung dessen, ob ein Nichtvermögensschaden überhaupt eingetreten ist, nicht *blos* von dem Vergleichen der jetzigen und der früheren Rechtslage des Verletzten ab, sondern auch noch und *hauptsächlich sogar* von der richterlichen Überzeugung, dass es ungerecht wäre die eingetretene Benachteiligung des Verletzten ohne eine entsprechende Busse, bezw. Genugtuung zu lassen.

Die Anwendung der Rechtsvorschrift über die Erstattung des Vermögensschadens ist eine zwingende Entscheidungsnorm, der Richter hat ihr nach Feststellung des Schadenseintritts unbedingt genüge zu leisten. Handelt es sich hingegen um Erstattung eines Nichtvermögensschadens, so hat er es erst zu erwägen und nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob die Erstattung des Nichtvermögensschadens den Umständen des Falles und den Anforderungen der Billigkeit entspricht, oder nicht.

Derselbe Unterschied wiederholt sich auch bei der *Bestimmung des Ausmasses des Schadenssumme*. Ist der Umfang des Vermögensschadens einmal gerichtlich festgelegt, wobei der Richter allerdings nach den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung vorgehen kann,³²⁾ so bestimmt sich die Schadenssumme ohne jede weitere diskretionäre richterliche Tätigkeit von selbst, das Gericht hat sie bloß und *muss sie auch* dem Tatbestande unverändert entnehmen. Hinsichtlich des Nichtvermögensschadens hingegen hat der Richter wieder einmal und zwar *immer* diskretionär vorzugehen und nicht bloß erkennend, sondern konstitutiv nach freiem Ermessen und den Umständen des Falles gemäss zu bestimmen, welche Geldsumme zur Vergütung des Nichtvermögensschadens *zweckdienlich* wäre.

Die Erstattung des Nichtvermögensschadens ist daher sowohl hinsichtlich des Vorliegens, als auch des Ausmasses desselben, anders, wie bei dem Vermögensschaden³³⁾ von einer konstitutiven, bestimmenden und nicht von einer bloß deklarativen, erkennenden richterlichen Tätigkeit abhängig, was ein charakteristisches Kennzeichen der ausserhalb des streng genommenen Vermögensrechts und besonders der innerhalb des Persönlichkeitsrechts liegenden verbotenen Handlungen bedeutet.³⁴⁾

2. Die bedingte Kausalität: die Abhängigkeit von der richterlichen konstitutiven Bestimmung des Vorliegens und der Höhe des Nichtvermögensschadens kommt sowohl in den gesetzlich nicht fundierten richterlichen Entscheidungen, als auch in den gesetzlich geregelten Fällen in beiden Richtungen ganz klar zum Ausdruck.

Und zwar *hinsichtlich des Vorliegens des Nichtvermögensschadens* darin, dass das Gericht in jedem einzelnen gesetzlich nicht fundierten Falle erst untersucht, ob ein Tatbestand vorliegt, dem eine solche intensive Verletzung des Persönlichkeitsrechtes innewohnt, die die Erstattungspflicht begründet. In der

³²⁾ Anders nur, wenn die Höhe der Schadenssumme dem Tatbestande nicht zu entnehmen wäre.

³³⁾ A. A. Meszlény: Kommentar des Gesetzes über die illoyale Konkurrenz (ung. Bpest, 1923.) S. 35.

³⁴⁾ Vgl. meine: Verbotene Handlung im Privatrecht (ung. Bpest, 1907. 303. S.) S. 44.

ersten Periode der einschlägigen richterlichen Entscheidungen gipfelt diese Frage, trotz des Versuches mancher Untergerichte sich hier von den Fesseln des Strafrechtes zu befreien,³⁵⁾ darin, ob das Persönlichkeitsrecht auf dessen *strafgesetzlich geschütztem Boden* beschädigt worden sei.³⁶⁾ Später erweitert sie sich aber dahin, ob es durch Missbrauch der Abhängigkeit,³⁷⁾ durch Verursachung unberechtigter behördlicher Eingriffe,³⁸⁾ oder sonstwie einer wenn auch nicht strafbaren, doch widerrechtlichen Benachteiligung teilhaftig wurde, deren Ausgleichung entsprechend erscheint.

Bei den *gesetzlich normierten Fällen* muss diesbezüglich auf die ersten Gesetzesvorschriften geachtet werden, die die Erstattungspflicht des Nichtvermögensschadens einführten. Die übrigen beziehen³⁹⁾ sich teils ausdrücklich, teils aber stützen sie sich inhaltlich auf sie; müssen daher im Zweifel auch aus ihnen ergänzt, bezw. mit ihrer Hilfe verstanden und ausgelegt werden.

Betrachtet man nun GA XIV, 1914, die erste gesetzliche Regelung des Nichtvermögensschadens aus verbotener Handlung, von diesem Standpunkt aus, so ergibt sich aus der Vorschrift des § 39 Absatz 1 der Grundsatz, dass Genugtuung in Geld in Anbetracht der Umstände des Falles nur dann gefordert werden kann, wenn dies der Billigkeit entspricht.

Absatz 1 des angeführten § bestimmt die Voraussetzungen der Forderung des Ersatzes *überhaupt*, während die Vorschrift über die *Höhe* des Schadens im Absatz 2 enthalten ist. Der Richter hat daher sowohl in dem Fall des infolge der Veröffentlichung der Presse eingetretenen Schadens, als auch in den übrigen gesetzlich normierten Fällen *auch unabhängig und vor der Bestimmung der Schadenssumme nach freiem Ermessen*⁴⁰⁾ zu prüfen, ob die Billigkeit einen geldlichen Ersatz des Nichtvermögensschadens zulässt und erfordert.⁴¹⁾

³⁵⁾ Mji Dt IX S. 209 F 204 usw.

³⁶⁾ Mji Dt IV F 140, S. 331 F 191 usw.

³⁷⁾ Mji Dt XI S. 4 F 3; XII S. 137 F 109 usw.

³⁸⁾ Mji Dt XII 224 F 166 usw.

³⁹⁾ Z. B. GA XLI, 1914 § 28 usw.

⁴⁰⁾ Vgl. GA XIX 1915 § 17.

⁴¹⁾ Besonders klar aus § 39, Absatz 1, GA XIV, 1914.

Lag mit dem Vorsatz, oder der Fahrlässigkeit des Täters, oder des nach den Vorschriften der verbotenen Handlungen sonst Verpflichteten: des Anstifters,⁴²⁾ des Gehilfen,⁴³⁾ des Geschäftsherrn⁴⁴⁾ konkurrierende vorsätzliche oder fahrlässige Tätigkeit des Verletzten,⁴⁵⁾ vor, oder eine ihrem Gewichte nach ganz geringfügige Verletzung des Persönlichkeitsrechtes,⁴⁶⁾ ein besonders auffallender Unterschied der Vermögenslage des Täters und des Verletzten,⁴⁷⁾ eine offenkundige Unorientiertheit des Täters bei der Verübung,⁴⁸⁾ oder sonstige dies bewirkende Umstände des Falles,⁴⁹⁾ so können sie zu dem Ergebnis führen, und zwar trotz Vorliegens der persönlichkeitsrechtlichen Benachteiligung und trotzdem kein Tatbestand erwiesen wurde, der sei es von strafrechtlichen,⁵⁰⁾ sei es von privatrechtlichen Standpunkte aus⁵¹⁾ den sonstigen Wegfall der Erstattungspflicht begründen würde; — dass *der Richter den Nichtvermögensschaden dennoch nicht zuurteilt, weil er dies den Umständen des Falles gemäss als unbillig erachten müsste.*

Dass der Richter auch *bei der Bestimmung des Schadenssumme*, selbst dann, wenn er schon zu der Entscheidung gelangt

⁴²⁾ So ausdrücklich GA V, 1923 § 33 eadem ratione wohl auch auf alle übrigen gesetzlich normierten Fälle anzuwenden.

⁴³⁾ GA V, 1923 § 33. Vgl. auch meine Verbotene Handlung im Privatrecht S. 52 ff.

⁴⁴⁾ Besonders GA XIX, 1915 § 17, Eigentümer der Druckerei, in welcher das betreffende Pressprodukt veröffentlicht wurde, Herausgeber GA XIV, 1914 § 40, wenn auch Korporation, sonstige juristische Person oder Gesellschaft § 42 GA XIV, 1914 usw.

⁴⁵⁾ Etwa Einwilligung der Verführten in ein geschlechtliches Verhältnis, nachdem sie genotzüchtigt wurde K 1922 P III 3257 Mji Dt XV 103 F 70. Allerdings nur dann, wenn die Verletzte nicht der moralischen Überlegenheit des Verletzters anvertraut war, nicht aber, wenn die 16-jährige Gratispatientin des Zahnarztes der Verführung nicht widerstanden hatte Mji Dt XII 137 F 109 K P III, 180/1918 usw.

⁴⁶⁾ Etwa eine Karrikatur eines Politikers oder Künstlers usw.

⁴⁷⁾ Arg. GA XIV, 1914 § 39, Absatz 2.

⁴⁸⁾ Bezw. Geringfügigkeit der Fahrlässigkeit oder Unzulänglichkeit der Absicht.

⁴⁹⁾ Etwa Massenpsychose in der Zeit von Revolutionen oder Proletariendiktatur usw.

⁵⁰⁾ Unzurechnungsfähigkeit, Notstand, Zwang usw.

⁵¹⁾ Z. B. oneroser Erwerb des haftenden Vermögenswertes GA XIX, 1915 § 19 (bei Kriegslieferungsverträgen).

ist, dass die Billigkeit den Ersatz des Nichtvermögensschadens erfordere, noch einmal, und abermals *konstitutiv* zu bestimmen habe, *welche Summe den Nichtvermögensschaden zweckdienlich ausgleiche*, folgt aus den Vorschriften, die die Bestimmung der Höhe des Nichtvermögensschadens der Billigkeit,⁵²⁾ den gesamten Umständen und auch den Vermögensverhältnissen der Parteien,⁵³⁾ oder aber dem besonders betonten freien Ermessen des Gerichtes anheimstellen.⁵⁴⁾

Mit einem Wort die ungarische gerichtliche Praxis und die gesetzlich besonders normierten Tatbestände machen einmal die Bestimmung dessen, ob eine derartig intensive Verletzung des Persönlichkeitsrechts vorliegt, die einen Ersatz des idealen Schadens überhaupt erforderlich und nötig macht, sodann aber auch die Bestimmung der Schadenssumme selbst von den Erfordernissen der Billigkeit, von den Umständen des Falles, sowie von der ihnen abgelassenen bestimmenden konstitutiven Tätigkeit des Richters abhängig, d. h. die Kausalität des Nichtvermögensschadens ist bloß eine bedingte.

3. Der Ersatz des Nichtvermögensschadens ist im ungarischen Privatrecht eine *Ausgleichsfolge* der gegen das Persönlichkeitsrecht gerichteten verbotenen Handlungen.

Dementsprechend kennt das ungarische Recht die Straffunktion dieser Erstattungspflicht nicht. Obzwar man auch solchen gerichtlichen Entscheidungen begegnet, laut denen „die Genugtuung nicht so sehr durch die Höhe der Summe, sondern hauptsächlich schon dadurch kenntlich wird, dass es festgestellt wurde, dass die auf Verantwortlichkeit der Beklagten veröffentlichten Artikel die Grenze der rechtmässigen Kritik überschrit-

⁵²⁾ GA V, 1923 § 35 „... kann wegen des sich hieraus ergebenden Nichtvermögensschadens eine billige Entschädigung in Geld (Busse) gefordert werden.

⁵³⁾ GA XIV, 1914 § 59, Absatz 2. Ga LIV, 1921 § 30.

⁵⁴⁾ GA XIX, 1915 § 17 „... den Nichtvermögensschaden mitinbegriffen, dessen Geldsumme das Gericht nach freiem Ermessen bestimmt.“ Diese Bestimmung ist konstitutive Tätigkeit des Gerichts, fällt daher anders wie bei dem Vermögensschaden m. E., trotz abweichender Textierung § 30 des GA LIV, 1921, dennoch unter die Kategorie der Rechtsfrage, nicht aber unter PG § 271 A. A., hinsichtlich der Anwendbarkeit des letzteren § Meszlény: Gesetz über den unlauteren Wettbewerb (Budapest, 1923, ung.) S. 36.

ten hatten“;⁵⁵⁾ betonten die gerichtlich entschiedenen Fälle beständig, dass es sich hierbei um einen *Ersatz* des Nichtvermögensschadens handelt.⁵⁶⁾ Demzufolge wird selbst in besonders krassen Fällen darauf geachtet, ob die durch die Verletzung des Persönlichkeitsrechtes verschlechterte Lage des Verletzten infolge der gewährten Busse vermögensrechtlich wenigstens soweit gebessert erscheint, dass die Benachteiligung dadurch einigermaßen wett gemacht wird.⁵⁷⁾

Nun ist aber die Gewährung der Busse doch *Nachteilfolge* der verbotenen Handlung und daher eine dem Verletzten mehr oder minder günstige Berechnung der Schadenssumme dennoch nicht gut zu umgehen.⁵⁸⁾ Und zwar umsoweniger, da ja selbst das Strafrecht einige seltene Fälle kennt, bei denen die Ersatzsumme allerdings des Vermögensschadens in einem Mehrfachen des tatsächlich eingetretenen Schadens bestimmt ist.⁵⁹⁾

Immerhin sind dies Ausnahmen. Als allgemeine Regel muss behauptet werden, dass die noch so günstig bestimmte Ersatzsumme des Nichtvermögensschadens innerhalb des Privatrechtes zwar unzweifelhaft eine *Nachteilfolge* der verbotenen Handlung sei, doch bloß eine Ausgleichsfolge und keine

⁵⁵⁾ K 1918 P II 1747 Mji Dt XII 262 F 193.

⁵⁶⁾ Mji Dt X 258 F 154 begründet folgendermassen: „... das Appellationsgericht liess sich nicht darauf ein, welche Art der Beendigung der Benachteiligung den Eigentümlichkeiten des Falles entspreche und ob den Beklagten unter den obwaltenden Umständen Fahrlässigkeit und hieraus sich ergebend eine Verpflichtung zum Ersatze des Schadens belaste oder nicht...“ GA LIV, 1921 § 18 bringt diesen Gedanken durch Hervorhebung *des entsprechenden* Ersatzes des Nichtvermögensschadens in Geld zum Ausdruck, GA LIV, 1921 § 30 spricht von der *Tatsache* und der *Höhe* des Nichtvermögensschadens, versteht hierunter demnach keineswegs eine Straffolge.

⁵⁷⁾ Das Appellationsgericht begründet die Höhe der zugeurteilten Summe in dem Fall 191 Mji Dt VI. S. 331 folgendermassen: Hinsichtlich des Ausmasses des Schadensersatzes wurde in Betracht gezogen, dass Klägerin der Klasse der Kleingrundbesitzer angehört; bei Personen dieser Gesellschaftsstellung repräsentieren schon 1200 Kronen ein bedeutenderes Vermögen, diese Summe wurde als eine solche befunden, in deren Besitz sich die Heiratsaussichten der Klägerin in demselben Verhältnis verbesserten, in welchem diese Aussichten die Beklagten verringert hatten.“ (Es handelte sich um Notzucht. Der Fall wurde 1912 entschieden.)

⁵⁸⁾ Vgl. mein Ungarisches Privatrecht Bd. II, S. 230.

⁵⁹⁾ Vgl. GA XXXI, 1879 § 90 (Walddiebstahl Ersatz $\frac{5}{4}$ -zweifacher Wert der entwendeten Gegenstände) usw.

Straßföge. Denn das ungarische Recht kennt von einigen besonders geregelten Ausnahmen abgesehen, die in das Gehege des öffentlichen Rechts gehören, die Zuerteilung der *vindictiv damages*, bezwecklich die Dreiteilung der Schadenssummen in real damages, nominal damages und estimate damages⁶⁰⁾ von dem englisch-amerikanischen Recht scharf abweichend ganz und gar nicht.

4. Die Folge dieser Ausgleichs-Eigenschaft des Nichtvermögensschadens besteht darin, dass die ungarische Praxis vielleicht in etwas weiterem Umfange als das DBGB § 847 in jedem einzelnen Falle genau untersucht, ob die geschlechtliche Ehre der Verführten,⁶¹⁾ ihre Heiratsaussichten,⁶²⁾ der geschäftliche Leumund des öffentlich durch Pressartikel an den Pranger gestellten Kaufmannes,⁶³⁾ das Recht des Malers auf unveränderte Schausstellung des von ihm gefertigten Porträts,⁶⁴⁾ das Recht des Autors auf Veröffentlichung und ungestörte Nutzbarmachung seines Geisteswerkes,⁶⁵⁾ oder eine sonstige schutzwürdige und schutzbedürftige Ausstrahlung des Persönlichkeitsrechts⁶⁶⁾ *in dem Masse gestört wurde, dass eine unnähernde Herstellung der früheren Rechtslage durch eine billige Entschädigung am Platze und auch zureichend erscheint.*

⁶⁰⁾ Vgl. Indermaur: Common Law (8-th edition) S. 445, Absatz 2 und S. 452, Absatz 1 und 2.

⁶¹⁾ „Ihre weibliche Ehre, moralische Integrität und mittelbar ihre vermögensrechtlichen Interessen“, Mji Dt VI S. 331 F 191 K 1912 P III 752. usw.

⁶²⁾ In dem angeführten Falle hebt dies das Appellationsgericht hervor.

⁶³⁾ Mji Dt IX 209 F 204 wurde von der Kurie mit Berufung darauf abgewiesen, dass sich der Tatbestand vor Inkrafttreten des GA XIV, 1914 ereignete, die Untergerichte untersuchten die im Text angeführte Frage und entschieden sie bejahend.

⁶⁴⁾ Mji Dt X 258 F 154.

⁶⁵⁾ In meiner Praxis kommen oft Fälle vor, in denen die im Autorgesetz vorgesehene Expertenkommission sich darüber zu äussern hat, ob der Gegenstand des Usurptionsprozesses, etwa ein einem Volkslied entnommenes Couplet, die Bearbeitung eines Volksliedes usw. ein geistiges Produkt sei, das Autorschutz begründe, dies ist nichts anderes, als die Untersuchung der Intensität und der Schutzwürdigkeit des verletzten Interesses.

⁶⁶⁾ Etwa das Interesse einer aristokratischen Familie, dass ein durch behördliche Genehmigung verliehener ungarischer Name anders geschrieben werde, als der aristokratische Name. (Es lag ein allgemein bekannter Fall vor, in dem der diesbezüglichen Klage stattgegeben wurde. Er ist aber in den Entscheidungssammlungen nicht auffindbar.)

Rechtsprechung und Gesetz wollen hier gleichmässig alle, sowohl die subjektiven, als auch die objektiven Umstände des Falles in Beachtung ziehen. Die gesellschaftliche Stellung,⁶⁷⁾ die Vermögensverhältnisse des Täters und des Verletzten⁶⁸⁾ kommen ebenso zur Geltung, wie etwa der Ort,⁶⁹⁾ die Zeit⁷⁰⁾ oder die Art der Verübung.⁷¹⁾

Die Gefühle und Ansichten einzelner Gesellschaftskreise oder Klassen können demnach sowohl bei der Bestimmung dessen, ob eine gewisse Benachteiligung des Persönlichkeitsrechts *überhaupt* geeignet sei zur Ersatzpflicht zu führen, als auch bei dem Bemessen der *Schadenssumme* eine wichtige Rolle spielen. Sie müssen es aber von dem zentralen Standpunkte des objektiven Rechts aus tun und dürfen nur in der Weise in Betracht gezogen werden, wie etwa die Anschauungen einzelner Gesellschaftskreise über Sittlichkeit bei der Beurteilung der unsittlichen Rechtsgeschäfte.

5. Fraglich, obzwar wegen der hiermit verbundenen Folgen keineswegs unwichtig, bleibt es vorläufig, ob die Ausgleichsfolge des Ersatzes des *Nichtvermögensschadens* als ein von dem auf Ersatz des *Vermögensschadens gerichteten verschiedener* Anspruch anerkannt ist, oder aber bloß als eine Abart, wenn man will, als die höchste Stufe des letzteren.

Die innere Natur des Nichtvermögensschadens deutet auf Selbständigkeit, die in der Praxis scharf hervorgehobene Ausgleichsfunktion, sowie Rückführbarkeit auf Vermögensschaden, die in den ersten Entscheidungen besonders betont wurde, endlich der Umstand, dass die gesetzlichen Regelungen den Vermögensschaden entweder mit dem Nichtvermögensschaden

⁶⁷⁾ Vgl. Anmerkung 57.

⁶⁸⁾ GA XIV, § 39. und GA LIV, 1921 § 30 heben diese besonders hervor.

⁶⁹⁾ Mji Dt VI. 331 F 191 erwägt auch die Auffassung der Bevölkerung des Tatortes über die verbotene Handlung.

⁷⁰⁾ Verleumdungsdelikte, Ehrenbeleidigungen, und Leumundschädigungen werden in einer durch Massenpsychose der Revolutionen beunruhigten Zeit anders beurteilt, als in normalen Zeitläuften. Dies muss sich auch in der Zurteilung und der Summe des Ersatzes des Nichtvermögensschadens widerspiegeln.

⁷¹⁾ Ein Pamphlet wirkt anders als ein verleumderisches Plakat, Veröffentlichungen in Tagesblättern anders, als Wandinschriften auf dem Wohnhause des Verletzten, usw.

zusammen berechnen lassen,⁷²⁾ oder gewöhnlich wenigstens beide in einem Atem erwähnen,⁷³⁾ darauf, das man es hier dennoch nur mit einer Abart der Vermögensschadensforderungen zu tun hat.

Praktisch wird der Unterschied bei der Frage der Übertragbarkeit, Vererblichkeit, Klagbarkeit und Pfändbarkeit des Anspruches, sofern er von dem ursprünglich Berechtigten noch nicht anhängig gemacht wurde. Bekennt man sich nämlich zu der Ansicht, dass der Ersatz des Nichtvermögensschadens im ungarischen Recht — ähnlich wie im deutschen — als *actio vindictam spirans*⁷⁴⁾ betrachtet werden muss, so folgt hieraus, dass er vor Geltendmachen des ursprünglich Berechtigten trotz Fehlens einer dem Absatz 1, Satz 2, § 847 DBGB ähnlichen Vorschrift in dem hier angegebenen Sinne nicht verkehrsfähig ist. Andernfalls besteht hinsichtlich der Klagbarkeit und Verkehrsfähigkeit zwischen den Ansprüchen auf Ersatz des Vermögensschadens und des Nichtvermögensschadens kein Unterschied.

Die Frage wird dadurch noch erschwert, dass die angeführten gesetzlichen Vorschriften zugleich und zwar gleichmässig für beide Ansprüche Regeln über die Verjährung enthalten, dass GA LIV, 1921 sogar auch über die Verkehrsfähigkeit⁷⁵⁾ und Pfändbarkeit⁷⁶⁾ mancher in ihm enthaltenen Ansprüche handelt, ohne dass der Anspruch auf Ersatz des Nichtvermögensschadens besonders hervorgehoben sein würde. Kurz, die gesetzlichen Regelungen bieten keinerlei Handhabe dazu diesbezüglich zwischen dem Ersatz des Vermögensschadens und des Nichtvermögensschadens einen Unterschied zu machen.

Die Stellungnahme der Praxis bleibt vorerst abzuwarten. Wahrscheinlich dürfte sie unter dem Einfluss der Motive,⁷⁷⁾ sowie des EUG,⁷⁸⁾ endlich der inneren Natur des Anspruchs,

⁷²⁾ GA XIX, 1915 § 17.

⁷³⁾ GA LIV, 1921 §§ 18, 30, GA XIV, 1914 § 39, GA V, 1923 § 35.

⁷⁴⁾ So Meszlény a. a. O. S. 35 D. Punkt 2.

⁷⁵⁾ § 3, über die Ererblichkeit und Übertragbarkeit.

⁷⁶⁾ § 4, über die Pfändbarkeit.

⁷⁷⁾ Motive des ungarischen Entwurfs eines BGB (ung.). Bd. III, S. 359. betrachten den Anspruch als rein persönlichen.

⁷⁸⁾ § 885.

die Verkehrsfähigkeit, sowie die Pfändbarkeit desselben vor Geltendmachen durch den ursprünglich Berechtigten *nicht anerkennen*.⁷⁹⁾

Es bleibe dahingestellt, ob in der Stellungnahme der Motive, sowie des EUG § 885 kein übermässiger Einfluss des DBGB § 487 Abs. 1, Satz 2 zur Geltung kam. Hervorgehoben muss jedoch werden, dass selbst bei Anerkennung der persönlichen Natur des Anspruches, dessen Verkehrsfähigkeit und Pfändbarkeit nicht nach den Grundsätzen des römischen Rechts oder des DBGB, sondern nach denen der hier in Frage stehenden *ungarischen Einzelgesetze entschieden werden muss*.

GA LIV, 1921, das neue Autorgesetz Ungarns ordnet nun im § 4 an: „das Autorrecht ist insolange es dem Autor, oder seinem Erben und Vermächtnisnehmer zusteht, kein Gegenstand der Zwangsversteigerung. Gegenstand der Zwangsversteigerung kann *blos der Vermögensvorteil sein, welcher dem Autor, seinem Erben oder Vermächtnisnehmer demzufolge zukommt, dass er das Urheberrecht verwertet, oder geltend gemacht hat*“.

Anerkannte Kommentatoren des Gesetzes verstehen diese Vorschrift auch auf Ansprüche auf Schadensersatz wegen Usurpation des Urheberrechts, demnach auch *auf die Ersatzansprüche wegen Verursachung des Nichtvermögensschadens*. Dies scheint auch richtig zu sein. Es liegt aber m. E. gar kein Grund vor die Verkehrsfähigkeit und die Pfändbarkeit des Anspruches auf Nichtvermögensschaden anders zu beurteilen, wenn er sich aus Usurpation des Urheberrechts ergibt, als wenn es sich um andere gesetzlich oder in der Praxis anerkannten Tatbestände handelt, die mit derselben Rechtsfolge versehen werden.

Eadem ratione scheint es daher angemessen in allen Fällen des Anspruches auf Ersatz des Nichtvermögensschadens aus unerlaubten Handlungen die unbedingte Verkehrsfähigkeit, Übertragbarkeit und Pfändbarkeit von dem Zeitpunkte an anzunehmen, in welchem der ursprünglich Berechtigte ihn verwertet, oder geltend gemacht hatte.

⁷⁹⁾ Meszlény a. a. O. behandelt den Satz schon als geltendes Recht, dies ist wohl zutreffend. S. weiter.

Und die Verwertung und Geltendmachung ist nicht mehr in dem formalen Sinne des Ehegesetzes (GA XXXI, 1894) zu verstehen, in dessen § 3 noch angeordnet wurde, dass der Ersatzanspruch und der Rückforderungsanspruch wegen Rücktritts vom Verlöbniß nur dann ein Gegenstand der Zession, der Zwangsversteigerung und der Nachfolge von Todeswegen ist, wenn der Berechtigte *die Klage schon anhängig gemacht hatte*. GA LIV, 1921 ist ein mit peinlicher Sorgfalt redigiertes Gesetz. Hierzu kommt, dass die besprochene Vorschrift des § 4 eine bewusste Abweichung und Erweiterung des § 4 des alten Autorgesetzes (GA XVI, 1884) bedeutet.

Das letztere handelt nämlich bloß von der *Inverkehrsetzung* und der öffentlichen *Vorführung* des Werkes. *Die ganz allgemein und materiell gefasste abweichende Vorschrift des neuen Autorgesetzes bedeutet daher eine bewusste und gewollte Erweiterung der Verkehrsfähigkeit und Pfändbarkeit der ihm entstammenden Ansprüche von dem Momente an, in welchem diese sei es, durch Klage, durch schriftliche oder mündliche Mahnung dem Schuldner gegenüber geltend gemacht, oder aber mit seiner Einbeziehung durch Zession, oder anderweitig verwertet wurden.*

Die Einbeziehung und die Verständigung des Schuldners wird zwar im GA LIV, 1921 § 4 nicht hervorgehoben, muss jedoch m. E. daraus gefolgert werden, dass es sich um eine für den Schuldner wichtige zeitliche Zaesur handelt, einen Zeitpunkt von dem an der Anspruch dem Schuldner gegenüber auch von Dritten geltend gemacht werden kann, von dem der Schuldner daher unbedingt und unzweifelhaft durch den Berechtigten Kenntnis erlangen muss.

6. Der Anspruch auf Ersatz des Nichtvermögensschadens ist daher zwar verkehrsfähig und pfändbar, doch nur in beschränktem Masse und von dem Zeitpunkte an, in welchem er von dem ursprünglich Berechtigten dem Schuldner gegenüber verwertet, oder sonstwie geltend gemacht wurde. Hierdurch löst sich dieser Anspruch von dem gewöhnlich verkehrsfähigen⁸⁰⁾ Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens los und nähert

⁸⁰⁾ Nicht immer. Vgl. z. B. das über die Verkehrsfähigkeit des Ersatzanspruches wegen Rücktritts von dem Verlöbniß oben II. 5. Gesagte.

sich jenen Ansprüchen, deren familienrechtlicher und personenrechtlicher Inhalt ihnen den Stempel gewisser verkehrsfeindlicher Eigentümlichkeiten aufdrückt.

Dementsprechend versagt die richterliche Praxis folgerichtig der Ersatzsumme des Nichtvermögensschadens auch die Verzinslichkeit⁸¹⁾ und bei periodisch wiederkehrenden, oder eine längere Zeit hindurch nicht eingeforderten Ersatzsummen dürfte sie wohl auch dahin gelangen, den ohne gehörigen Grund nicht eingeforderten Ersatz aus ähnlichen Erwägungen, wie den Anspruch auf längere Zeit hindurch grundlos nicht eingeforderte Unterhaltssummen⁸²⁾ selbst vor dem Eintritt der Verjährung zu versagen.

7. Die Verkehrsfeindlichkeit unseres Anspruches kommt auch noch in der bedeutend verkürzten Verjährungszeit zum Ausdruck.

Während nämlich die allgemein übliche Verjährungszeit in den nicht besonders geregelten Fällen gewöhnlich zweiunddreissig Jahre beträgt,⁸³⁾ finden wir bei den gesetzlich geregelten Tatbeständen der hier besprochenen Ersatzansprüche, allerdings bei den Ansprüchen auf Ersatz des *Vermögensschadens*, ebenso wie bei denen auf Ersatz des *Nichtvermögensschadens* eine viel kürzere: bald sechs monatliche,⁸⁴⁾ bald dreijährige⁸⁵⁾ Verjährungszeit, deren Berechnung in einzelnen Fällen der Berechnung⁸⁶⁾ bei der Verjährung der Kreditzinsen⁸⁷⁾ gleich ist.

⁸¹⁾ K 1918 P III 1747 (mji Dt XII 262 F 193) erklärt: „Nach der als Entschädigung zugeurteilten Summe sind keine Zinsen zu entrichten“.

⁸²⁾ Vgl. betreffs dieser mein Ungarisches Privatrecht Bd. I, 196, ferner K in den Fällen Mji Dt XI, S 156 F 119, X 101, F 61, das. 103 F 62 usw. die Begründung betont beständig die nichtverkehrsrechtliche und deshalb zur Kapitalsansammlung und finanziellen Schwächung ungeeignete Natur der Forderung, die eine Vermutung des Verzichtes begründe.

⁸³⁾ Vgl. mein Ungarisches Privatrecht Bd. II, 157 ff.

⁸⁴⁾ GA V, 1923 § 37 (Ansprüche aus Verletzung des Verbotes über unlauteren Wettbewerb).

⁸⁵⁾ GA XIV, 1914 § 39, GA LIV, 1921 § 36.

⁸⁶⁾ Sie beginnt mit dem Ende des Jahres, in welchem der betreffende Pressartikel oder die betreffende sonstige Pressveröffentlichung erschien GA XIV, 1914 § 40, letzter Absatz.

⁸⁷⁾ Vgl. betreffs der Kreditzinsen GA XXV, 1883 § 49.

Aus der Einheitlichkeit des Anspruches auf Ersatz des Nichtvermögensschadens scheint nun in Anbetracht der hier besprochenen Verkehrseindlichkeit desselben zu folgen, dass die Verjährungszeit auch in jenen Fällen, die gesetzlich besonders nicht normiert und der richterlichen Praxis vorbehalten wurden, ebenfalls bloß drei Jahre beträgt.^{ss)}

^{ss)} Die Praxis äusserte sich -- soweit mir bekannt -- in dieser Frage bisher noch nicht.

Josef Kohler als Mensch und Gelehrter.

(Vortrag gehalten im Verein der Freunde der kön. ung. Franz-Josefs-Universität in Szeged am 13. November 1924. von *Dr. Artur Meszlény*, Oberlandesgerichtsrat a. D., Universitätsdozent, Rechtsanwalt in Budapest.)

Als hätte es sich gestern ereignet. Und doch ist gut ein viertel Jahrhundert ins Land gegangen, seit ich als frischgebackener Dr. Jur. im Flur der Universität Berlin vor dem Auditorium Maximum Aufstellung nahm, um ein abgerissenes Wort von den Lippen des grossen Einsamen der Deutschen Rechtswissenschaft zu erhaschen. Es waren feierliche, unvergessliche Augenblicke, die erste grosse Sensation meiner Studienreise, die ich damals mit einem Staatsstipendium von sage tausend Kronen in der Tasche eben angetreten hatte. Endlich erscheint er auf dem Katheder, schüttelt die struppige Mähne, deren Ebenholzglanz die ersten Silbersträhne noch eben unterdrückt und in deren Umrahmung mit unglaublicher Wucht das Feuer der rastlosen, unausgesetzt fieberhaft suchenden, bis ans Herz dringenden Augen lodert. Die ersten, in badischer Mundart gesprochenen Sätze verstehe ich nur undeutlich. Überhaupt sind die Äusserlichkeiten seines Vortrags weit davon entfernt hinzureissen. Keine Spur von Rhetorik oder nur dem Wunsch, Eindruck zu machen. Er diktiert fast, wie die meisten deutschen Professoren, damit das Kollegienheft ja keine Lücke aufweist. Schlägt er mal im Eifer ein lebhafteres Tempo an, so gemahnt ihn das unausbleibliche Scharren bald zu Selbstbeherrschung. Doch eine Handbewegung, und die Bleistifte halten still, und die ersten Bankreihen horchen auf. „Sehen Sie, meine Herren, die Geschichte der Menschheit ist die Geschichte der Kulturent-

wicklung, die sich zwar nicht in einheitlicher und ungestörter Folge, sondern um den Preis bitterer und blutiger Enttäuschungen, aber am Ende doch in der Richtung des Fortschritts und der Höherentwicklung abspielt. Die Wahrheit wird hundertmal ans Kreuz geschlagen, um immer wieder aufzuerstehen. So wird die Kultur zum Ziel und gleichzeitig zum geistigen Unterpfand jeglichen wirklichen Strebens der Völker: die Idee, die sich in der Geschichte des Menschen verwirklicht, ist die schrittweise Erlangung der Herrschaft über die Welt mittels des Wissens, des künstlerischen Schaffens und der Technik. Was durch diese dreifache Tätigkeit des Menschen hervorgebracht wird, sind die Kulturwerte, und neben diesen primären Werten erscheinen Moral und Recht bloss als sekundäre Kulturwerte, nicht etwa vermöge ihrer geringeren Wichtigkeit oder Bedeutung, sondern deshalb, weil ihre Entwicklung und Vervollkommenung wesentlich abhängig ist von jenen primären Kulturwerten. Denn sollte eine moralisch noch so hochstehende und juristisch noch so vollkommen organisierte Nation untergehen, ohne in der Wissenschaft, in der Kunst, in der Technik Bleibendes hervorgebracht zu haben, so hätte sie den Fortschritt der Welt kaum gefördert; während sobald in ihrem Schosse die primären Kulturwerte emporblühten oder überkommene Werte erhalten blieben, hätte sie Bedeutendes geleistet, auch wenn sie auf dem Gebiete von Moral und Recht sich nicht hervorgetan hätte“.

Nach Jahr und Tag, als ich mir schon ein Urteil über Josef Kohlers wissenschaftliche Individualität und Stellung in der Entwicklung unserer Wissenschaft zutraute, dachte ich oft an den inneren Sturm zurück, den diese Worte in mir entfesselten. Wie? Ist nicht die Herrschaft von Sittlichkeit und Recht das Höchste, was ein Adept der Rechtswissenschaft als erstrebenswert zu bezeichnen hat? Kann es eine wahre Kultur geben, die nicht Alles den ethischen Geboten unterordnet? Heute freilich ist es mir längst klar, weshalb der unermüdliche Forscher der letzten Geheimnisse des grossen Pan sich von der Herrschaft einer örtlich und zeitlich gegebenen, zufälligen Sitten- und Rechtsordnung unabhängig stellen musste, weshalb der Beherrscher eines so immensen Stoffes der Rechtsvergleichung und Rechtsentwicklungsgeschichte Vieles, was der

Durchschnittsmensch als ehernen und ewigen Schatz absoluter Moral und Rechtsregel verehrt, in seiner engen Begrenztheit erkennt und danach wertet. Ich wurde vertraut mit der teleologischen Weltanschauung des Neohegelianismus und wurde gewahr, worin Kohler seinem grossen Meister Hegel Gefolgschaft leistet und worin er von ihm abfällt. Ich merkte mir, dass er sich das System der dreitaktigen Entwicklung nicht aneignet, sondern die Quelle der Hindernisse des Kulturfortschritts teils in der alogischen Natur, teils im Menschen selbst, in seinen Leidenschaften, seiner Unwissenheit sucht und in der Weltgeschichte den Fortgang jenes unausgesetzten Kampfes erblickt, den die logische Idee mit diesen widerstrebenden alogischen Elementen führt. So ist auch jener tragische seelische Zusammenbruch, der ihm am Ende den Tod brachte, verständlich: mit der ganzen Glut seines heissen Temperaments erhoffte und erwünschte er Deutschlands Sieg im fürchterlichen Völkerringen, von dem er einen neuen, mächtigen, alles Bisherige übertreffenden kulturellen, geistigen und wirtschaftlichen Aufschwung der ganzen Welt und an Ihrer Spitze Deutschlands erwartete. Das Vortwort zum dritten Band seines Lehrbuchs des bürgerlichen Rechts datiert er vom 10. Oktober 1914, „am Tage der Eroberung Antwerpens“ und beendet er mit folgenden Worten: „Eben wo ich abschliesse, ist die Festung der Festungen gefallen und die Siegesglocken Deutschlands klingen verheissungsvoll durch die Lande. Wir wissen, dass die deutsche Kultur bleibt und zur weltbeherrschenden Macht wird“. Als Alles anders kam, als der Spur des verlorenen Krieges Entzweigungen, Revolution, eine vandalische Zerstörung aller Kulturwerte, Trauer und Verzweiflung folgten und sein Seherblick auch in der Zukunft nur Schmach und Verwüstung zu entdecken vermochte, erschlaffte sein Lebensnerv, brach der mit seinen 70 Jahren noch kraftstrotzende Riese unversehens zu einem schwachen Greis zusammen und fand in wenigen kurzen Monaten den Tod am 3. August 1919. Der Hegel'sche Optimismus, das Bekenntnis: alles, was ist, ist vernünftig, alles, was vernünftig ist, ist, — wurde unter den Eindrücken seit dem Herbst 1918. an sich selbst irre.

Soll nun versucht werden, Kohler's wissenschaftliche Bedeutung und das, was in ihm *aëre perennius*, auf einen gemein-

samen Nenner zu bringen, so muss ich dies mit dem Wort ausdrücken: *Universalität*. Universalität in der Zwecksetzung, Universalität in den angewendeten Mitteln und Methoden. Universalität in der souveränen Verachtung menschlicher Vorurteile und menschlicher Kleinlichkeiten, Universalität in der fast märchenhaften Weite der Grenzen des Wissens. Sein erstes, wirkliche Sensation hervorgerufenenes grösseres Werk, auf welches ich noch zurückkomme, „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz“, enthält fünferlei alphabetische Register: 1. juristisches Realregister, 2. juristisch-historisches Quellenregister, 3. ästhetisch-philosophisches Realregister, 4. ästhetisch-philosophisches Quellenregister, 5. Ortsregister zu den Urkunden. Unter den alten Philosophen, mit welchen sich sein Lehrbuch der Rechtsphilosophie auseinandersetzt, nehmen einen gleich hervorragenden Platz ein: der Inder Badarayana, der Chinese Laotse, der Grieche Herakleitos und nach ihm natürlich Plato und Airstoteles, die Araber Avicenna und Averroes (alias: Ibn Roschd), die Scholastiker von Anselm von Canterbury, Thomas von Aquin und Dante bis Aeneas Sylvius (Papst Pius II.); mit Vorliebe beruft er sich auf die spanische Naturrechtsschule, besonders auf Suarez, vom 17. Jahrhundert an auf die Italiener (Vico, Genovesi, Filangieri, Romagnosi); er befindet sich im stetigen Kampfe mit der Vernunftrechtsschule ebenso, wie mit der historischen, mit Jhering ebenso, wie mit den englischen Utilitariern (Bentham, Spencer) und mit dem Marxismus. Die sprachlichen Schwierigkeiten überwindet sein erstaunliches linguistisches Talent, die Grenzen der Stoffbeherrschung sein unglaubliches Gedächtnis, die physischen Mühen des Schaffens seine übermenschliche Arbeitskraft und fieberhafte Schaffenslust. Jahrzehnte hindurch gönnt er sich täglich kaum mehr als vier Stunden Schlaf und arbeitet kaum weniger als sechzehn Stunden. Es gab Tage, an denen er an der Universität sechs Vortragsstunden hatte. Die Pausen zwischen je einer Stunde verbrachte er im nahen Kaffee Bauer, wo für ihn im Hintergrunde stets ein Tisch bereit stand, mit Büchern, Schriften, Schreibzeug. Ein Teil seiner Gedichte und Kompositionen entstand im Kaffeehauslärm. Andere während eines Spaziergangs, eines Autoausflugs, im Eisenbahnzug. Er übersetzte in meisterhafter

Weise den ganzen von ihm so vergötterten Dante, die Sonette Petrarca's, Richard II. und Macbeth (letzteres im unveröffentlichten Nachlass) von Shakespeare. Er versuchte sich auf dem Gebiet des Dramas und des Romans. Seine Verehrung für Wagner (Parsifal!) ist ein ebenso schlagender Beweis seiner Liebe und Verständnisses für Musik, als die ansehnliche Zahl seiner Kompositionen.

Von einem Manne solchen Horizontes war zu erwarten, dass er auch auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft von der Vielseitigkeit seines Geistes Zeugnis ablegt. Seine erste grosse wissenschaftliche Tat war die Begründung der deutschen Patentrechtswissenschaft. Hier setzte jener gewaltige Kreis seiner Forschungen an, die sich später zu einem Handbuch des Patentrechts verdichteten und die ihn endlich zum Ausbau des gesamten Systems des Persönlichkeitsrechts führten. Dieser Spur folgend schuf er seine berühmten Abhandlungen urheberrechtlichen Inhalts, sein Kunstwerkrecht, sein Markenrecht, sein Warenzeichenrecht und endlich sein Recht des unlauteren Wettbewerbs. Auf dem Gebiet des Zivilprozesses war eine Monographie aus dem Jahre 1888 bahnbrechend, die den charakteristischen Titel führte: „Der Prozess als Rechtsverhältnis. Prolegomena zu einem System des Zivilprozesses“. Dieses Werk war von unleugbarem Einfluss auf eine der hervorragendsten modernen Kodifikationen, auf die von Franz Klein verfasste österreichische Zivilprozessordnung. Mit polemischer Schärfe zeichnet dieses Werk in wenigen mächtigen Zügen die Theorie des Prozesses, welche in ihren Einzelheiten in einem später niederzulegenden System ausgebaut werden sollte. Es kam leider nicht dazu, doch veröffentlichte der Verfasser zweimal seine zahlreichen zivilprozessualen Abhandlungen und schrieb ein Handbuch und einen Leitfaden des Konkursrechts. Auf dem Gebiet des Strafrechts veranschaulicht eine kleine Studie über das Wesen der Strafe, ebenfalls aus 1888, der Universität Bologna als Jubiläumsschrift gewidmet, am lebhaftesten die seelische Eigenart des jungen Kohler. Ein zweites, höchst verdienstvolles kriminalistisches Werk ist das 1917 erschienene Internationale Strafrecht, welches mit glücklichem Griff dem reichen Born des Strafrechts eben jene Materie entnimmt, die ihm vermöge seiner übrigen Studien am

Nächsten gelegen hatte. Auf dem Gebiet des Völkerrechts verdanken wir ihm eine interessante Schöpfung in den „Grundlagen des Völkerrechts“ (1918), in denen der bis 1914 unentwegte Pazifist unter dem Druck der kriegerischen Erfahrungen seine alten Ideale schlankwegs verleugnet. Die Art, wie sich diese Wandlung vollzog, widerspiegelt sich genau in den Spalten der von ihm redigierten Zeitschrift für Völkerrecht und in der Polemik, die am Ende zwischen ihm und seinem Mitredakteur Prof. Wehberg zu einem endgültigen Bruch führte. Auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts kündet eine fast endlose Reihe wertvoller Monographien sein Wirken, welches er dann in seinem grossen, leider unvollendet gebliebenen Lehrbuch des bürgerlichen Rechts zusammenfasste.¹⁾ Vier Bände reiften zum Druck, der fünfte, das Erbrecht enthaltend, blieb im Manuskript begonnen zurück. Auf Grund seiner rechtsvergleichenden Studien kann er füglich als Begründer der vergleichenden Rechtswissenschaft angesprochen werden. Wohl gab es auch vor ihm Forscher, die die Rechtseinrichtungen exotischer und primitiver Völker zum Gegenstand ihrer Untersuchung machten: einen Laveleye, einen Post, einen Maine, doch war es Kohler, der der Entwicklungslehre des Rechts, aufgebaut auf dem Prinzip der Rechtsvergleichung, den Charakter einer selbständigen Wissenschaft verlieh. Und als er von seinem ersten Katheder aus Würzburg 1888 den Ruf nach Berlin erhielt, wurde für ihn gleichsam als Anerkennung dieser wissenschaftlichen Tat der Lehrstuhl „für vergleichende Rechtswissenschaft und Zivilprozess“ geschaffen. Die Krone aber setzte dem gigantischen Lebenswerk seine rechtsphilosophische Wirksamkeit auf, der wir zuerst die „Einführung in die Rechtswissenschaft“, sodann den rechtsphilosophischen Teil in Holtzendorffs „Encyclopaedie der Rechtswissenschaft“ („Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte“), endlich aber das Lehrbuch der Rechtsphilosophie verdanken. Die dritte Ausgabe dieses grossen Werks erschien bereits nach Kohlers Tode und wurde von seinem Sohne, dem Berliner Landgerichtsdirektor Dr. Arthur Kohler herausgegeben. Bezeichnenderweise hebt das Vorwort des Letzteren mit den Worten an: „Mein unvergesslicher Vater schrieb keine

¹⁾ Vgl. über die ersten drei Bände meine Rezension im Archiv für Bürg. R., Bd. 42.

neuen Auflagen, sondern neue Bücher“. Bis ein Werk neu aufgelegt werden sollte, waren dem unermüdlichen Geist so viele neue Gedanken ersprossen, so viel neues Material aufgefallen, dass dasselbe völlig neu geschrieben werden musste.

Mit dem ungarischen Recht und der ungarischen Juristenwelt hielt Kohler besonders rege Fühlung. Die ungarische Rechtsgeschichte kannte er von Grund auf. In seinem Shakespeare erinnert er sich des alten ungarischen Rechts als eines solchen, das, gleich den germanischen Rechten, den Schuldner seiner Freiheit beraubt, indem es den Gläubiger ermächtigt, ihn bei Wasser und Brot in seiner Privathaft zu behalten, immerhin mit jenen Milderungen, die auch in den germanischen Rechten dem Schuldner nach und nach gewährt werden. Er beruft sich auf das Quadripartitum, Teil IV. Kapitel 53, wonach der Schuldner befreit wird, wenn er schwört, ein Drittel seines Wochenverdienstes für die Tilgung der Schuld aufzuwenden. Er bezieht sich auf das Dekret VI. des Königs Matthias (Art. 29. §. 6.): „Cui quidem reo, si facultates ad satisfaciendum non sufficient; imprimis res, quas habuerit, dentur, et aestimantur creditori; et tandem caput quoque illius tradatur in manibus dicti creditoris“, ferner auf das Dekret des Königs Wladislaus vom Jahre 1492 (Art. 92.), betitelt: „Manifestus debitor, vulgo: szembe-való adós; utique detineri potest“, wonach: „Si quis autem causabitur, sibi aliquem debitorem fore manifestum, hoc est, si debitor fuerit apertus et manifestus, qui debitum huiusmodi non negat, quique vulgari, et materno sermone, Szembe-való adós, nuncupatur; talis etiam debitor detineri, et ex parte ejusdem, juxta regni consuetudinem, judicium fieri valeat“. Im Lehrbuch der Rechtsphilosophie behandelt Kohler, im Anschluss an die Erörterung der Frage, wie die Völker sich gegen die Gefahren der Herrschaft eines unwürdigen Königs zu wehren versuchten, treffend das jus resistendi der ungarischen Goldenen Bulle. In der Rheinischen Zeitschrift für Zivilrecht u. Zivilprozess (Bd. 8. S. 16—28.) erschien 1916 ein Aufsatz „Zum ungarischen Zivilgesetzentwurf“. Mehrere hervorragende ungarische Werke können sich einer Besprechung aus Kohlers Feder rühmen. So *Timon's* Ung. Verfassungs- u. Rechtsgeschichte (Zschr. für vergl. RW. Bd. 19. S. 441. f.) und *Ferdinandy's* Staats- u. Verwaltungsrecht (Zschr. für Völkerrecht

Bd. 4. S. 280.). Es könnten noch mehr Anknüpfungen an das ungarische Recht angeführt werden, deren Gründlichkeit jedem heimischen Forscher zur Ehre gereichen würde. Der Zufall verschaffte mir Einblick in die Methode, wie Kohler seine Aufschlüsse über entfernte Rechte sammelte. Öfters erhielt ich Briefe von ihm mit dem Ersuchen, mich über die Richtigkeit einer das ungarische Recht betreffenden Angabe zu äussern. Mit den Jahren schuf er sich ein ganzes, gut organisiertes Netz aktiver und gewesener Schüler, welches die gesamte Welt umspannte und unter seiner genialen Führung eine unschätzbare Fülle rechtsvergleichenden Materials zusammentrug.

Unser Land konnte übrigens Kohler auch persönlich als Gast feiern, als er anfangs 1913 im Ungarischen Juristenverein zwei aufeinanderfolgende Vorträge hielt, einen unter dem Titel: „Die Ehe als Kulturerscheinung“, den andern betitelt: „Bemerkungen zur ungarischen Zivilprozessordnung“. Im Letzteren zollt er dem monumentalen Gesetzgebungswerk Alexander Plósz' die vollste Anerkennung und bezeichnet es als das entwickeltste sämtlicher moderner Zivilprozessrechte. Neben der Fülle Lobes hielt er aber auch mit kritischen Bemerkungen nicht zurück, die sich seither in der praktischen Anwendung nur zu oft bewährt haben.²⁾

Für die Art, wie dieser rastlose Geist die Rechtsprobleme erspäht und zur Reife bringt, ist vielleicht am bezeichnendsten die Entdeckung und Entwicklung des Prinzips des Chikaneverbots, wie dieses in Kohlers bereits erwähnter Shakespeare-Monographie zutage tritt. Ich hatte Gelegenheit, mich hierüber in einer letzten Nummer des Tagblattes „Szeged“ im Rahmen eines Feuilletons auszusprechen. Hier sei demnach nur kurz darauf verwiesen, dass §. 226. BGB. sicherlich nie oder nicht in der vorhandenen Form entstanden wäre, wenn Kohler die Anregung hiezu in seinem Shakespeare nicht gegeben hätte. Das Prinzip wurde auch von der ungarischen Gerichtsübung ausdrücklich anerkannt. Die kön. Kurie erklärt in einem Urteil vom 15. Dezember 1909, Zahl V. P. 641. (Grill'sche Sammlung der Erkenntnisse Bd. XVII. Nr. 387.) „Derjenige, der von seinem

²⁾ Der Vortrag erschien deutsch unter dem Titel „Alexander Plósz und die Oficialmaxime im ungarischen Zivilprozesse“ (Rhein. Zschr. Bd. 6. S. 1—33.).

Rechte Gebrauch macht, haftet für einen hieraus entstandenen Schaden nicht, solange er von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Grenzen Gebrauch macht. Doch das Gesetz kann Denjenigen, der sein Recht offenbar nur gebraucht, um Andere zu schädigen und sich unberechtigter Weise einen Vermögensvorteil zu erwerben, nicht schützen“. Freilich nimmt der letzte Zusatz dem Spruch einigermaßen seine klassische Grundsätzlichkeit. Doch erhellt aus dem vorhergehenden Text zur Genüge, dass der unberechtigte Erwerb eines Vermögensvorteils offenbar bloss als Folge der formellen Rechtsausübung gedacht ist und nicht eine weitere, selbständige Voraussetzung der Anwendung des Chikaneverbots bildet, dass also die Geltung des Letzteren nicht etwa eingeschränkt werden wollte. Trotz aller Achtung also vor dem Satz: *pacta sunt servanda*, steht auch unser Recht auf dem Standpunkt, dass ein sogenannter Shylock-Vertrag nichtig ist. Bekanntlich war es kein Geringerer als Jhering, der Porcia's juristische Leistung als elende Quacksalberei verwarf, und kein Geringerer als Kohler, der demgegenüber geltend machte einerseits, dass die Kritik eines Rechtssatzes Zeit und Ort seiner Anwendung nie ausser Acht lassen dürfe, nach damaliger Auffassung aber die Verhaftung der Person des Schuldners ein durchaus gangbarer und verbreiteter Rechtsgedanke war; andererseits, dass bei aller Beachtung des Grundsatzes, wonach ein vom Recht gewollter Erfolg auch die Bejahung der hiezu unumgänglichen Mitteln in sich schliesst und ein allzuwilliges Eingehen auf die inneren Motive der Rechtsausübung unvermeidlich zur Anarchie führt, der Richter doch wohl daran handelt, wenn er dort, wo ein offener Missbrauch des Rechts vorliegt, mittels einer noch so äusserlichen, formalrechtlichen, juristisch wertlosen Begründung die Rechtshilfe verweigert. Die Rechtsanwendung ist eben kein logisches Handwerk, sie ist eine Kunst, und die Rechtssätze sind jene Substanz, deren sich der Künstler bedient. Kein Zufall, dass auch Porcia bemüht ist, alle Hebel in Bewegung zu setzen, um den Juden zu einer billigeren Haltung zu bewegen, und dass sie erst zu ihrem Kniff greift, nachdem sie merkt, dass er hartnäckig bei seinem Schein verharret. Ehe die Gerechtigkeit geopfert wird, falle lieber das Recht; doch geschehe dies nicht mit einer leichten Gebärde der Oberflächlichkeit, sondern erst nach

hartem Ringen mit sich selbst und nach gewissenhafter Überwindung der Gegengründe, die für eine logisch einwandfreie Auslegung des Rechtssatzes kämpfen. Als Evolutionist von reinstem Wasser kann Kohler einer gewissen Freiheit in der Rechtsanwendung nicht entraten, denn darin findet er das Unterpfand der Entwicklungsfähigkeit, die Sicherung gegen eine Verknöcherung des Rechts. Er hält sich aber auch die Übertreibungen der Freirechtsschule mit voller Entschiedenheit vom Leibe, ja bleibt so sehr konservativ, dass er sich grundsätzlich gegen eine Begrenzung der Rechtsausübung aus moralischen Gründen ausspricht und zwar aus moralischer Anschauung, die für das moralische Handeln Freiheit des Handelns als wesentlich erachtet. Eine juristische Einschränkung der Rechtsausübung wegen ethischer Verwerflichkeit der Motive ist also ethisch wertlos, weil zwangsweise herbeigeführt, juristisch bedenklich, weil es dem subjektiven Recht seine Spann- und Schlagkraft lähmt.

Und dieser unermüdliche Streiter, jeder Zoll Tatendrang und Arbeitswille, dieser kritisch-philosophierende Geist, bewahrte in seinem innersten Wesen bis ans Ende die kindliche Naivetät des Lyrikers, die Unberührtheit und Urwüchsigkeit des Kindes. Keinem philosophischen System, keiner juristischen Konstruktion zuliebe weicht er je ab von der geraden Linie der Fragestellung ebenso wie von der Unmittelbarkeit ihrer Beantwortung. Doch impulsiv und oft schonungslos kanzelt er eine gegenteilige Meinung ab, und der Widerspruch reizt ihn nicht zu strafferer Formung der Argumente, sondern oft zu persönlichem Angriff oder zu verächtlichem Übergehen des Gegners. Diese Eigenart erwarb ihm manchen Feind und manch' erbitterte Feindschaft, denen er überrascht und enttäuscht gegenüberstand, eines Fehlers unbewusst. Dann rettet er sich fluchtartig in sein Arbeitszimmer zurück, in seine schöne, eigene, heilige Ideenwelt. Ein grosser, kindlich-gläubiger Pantheismus durchwebt seine Gedanken, ähnlich der Weltanschauung Goethes, ein Aufgehen im Universum, ein Beglücktsein als winziger Teil des grossen All.

Ein Philosoph sagte, die wahren Fortschritte menschlichen Wissens können niemals durch Deduktion, sondern nur durch Induktion, durch Synthese, errungen werden. Die Analyse

entnimmt einem Hauptsatz bloss, was ihm bereits inhärent mitgegeben ist; die Synthese eröffnet mittels ahnungsmässiger Initiative die Pforten neuer Welten. Kohler war der grosse Synthetiker der Rechtswissenschaft. Dies ist sein unvergänglicher Ruhm.



Staatsorgantheorie.

— Eine rechtstheoretische Untersuchung —

VON

Dr. BARNA HORVÁTH

Privatdozent der Rechtsphilosophie an der kgl. ung. Franz Josephs-Universität.

Im Doppelsinne des Wortes Recht, im alten Gegensatz des objektiven und subjektiven Rechts, gelangt eine ureigen-tümliche Zweiheit der juristischen Betrachtung zum Ausdruck. Es lässt sich erstens eine bloss auf das objektive Recht selbst, auf die Beziehungen der Teile des Rechts, der einzelnen Rechtsnormen oder Normkomplexe zueinander, also auf Beziehungen *innerhalb* des objektiven Rechts und zweitens eine auf die Beziehungen des objektiven Rechts auf *ausserrechtliche* Inhalte gerichtete juristische Betrachtung unterscheiden. Im Bereiche der ersten Betrachtungsweise verweilt das juristische Denken, wenn es den Zusammenhang, das Verhältnis der Abhängigkeit, der Delegation, des Hinweisens unter Rechtssätzen feststellt. In der zweiten Richtung bewegt sich die juristische Betrachtung, insofern sie Tatbestände unter Rechtssätze subsumiert und subjektive Pflichten, Rechte oder Rechtsverletzungen der Rechtssubjekte erkennt.

Es kann wohl kaum geleugnet werden, dass eine rein auf Beziehungen innerhalb des objektiven Rechts gerichtete Betrachtung eine juristische ist, insofern die Feststellung des Inhaltes der Rechtssätze zweifellos durch die Erkenntnis der mannigfaltigen Beziehungen der Rechtssätze zueinander bedingt ist. Die Betrachtung der Beziehungen des objektiven Rechts auf ausserrechtliche Inhalte kann jedoch erst dann als in einem eindeutigen Sinne juristische aufgefasst werden, wenn man als ihren Gegenstand des Näheren die Beziehungen des ob-

jektiven Rechts auf *positivrechtlich determinierte* ausserrechtliche Inhalte bezeichnet. Die Betrachtung der Beziehungen des Rechts auf positivrechtlich *indeterminierte* Inhalte kann eine soziologische, politische, historische, philosophische usw., aber keineswegs eine juristische genannt werden. Das Reich der positivrechtlich determinierten ausserrechtlichen Inhalte zerfällt aber in *Personen* und Tatbestände. Es soll hier weder untersucht werden, ob es ausser dem Tatbestandsgebiet und der interpersonalen Rechtssphäre noch weitere Gebiete der rechtlich determinierten Inhalte gibt, noch gefragt werden, ob die Gebiete der Tatbestände und Personen endgültig auseinanderfallen oder inwiefern die so unterschiedenen Inhalte aufeinander zurückzuführen sind. Die *tatbestandsbezogene* oder *subjektsbezogene* Rechtsbetrachtung soll hier die auf rechtlich determinierte ausserrechtliche Inhalte gerichtete juristische Betrachtung vertreten. Nach dieser näheren Bestimmung steht es wohl über jeden Zweifel erhaben fest, dass das Subsumieren einer Tatsache unter einen Rechtssatz — die Tatbestandsfeststellung — und weiterhin das Konstatieren einer Rechtspflicht, des Bestehens eines subjektiven Rechts oder einer Rechtsverletzung, nicht weniger Ergebnisse einer juristischen Erkenntnis sind, als die Feststellung von Beziehungen innerhalb des objektiven Rechts zwecks Ermittlung des Inhaltes von Rechtssätzen.

Es ist nun im Interesse methodischer Klarheit überaus wichtig, die rein objektive und die tatbestands- oder subjektsbezogene Rechtsbetrachtung scharf auseinanderzuhalten und den Sinn ihrer Verschiedenheit zu verstehen. Man hat neuestens behauptet, dass die Zweierheit der Betrachtungsweisen eigentlich nur für das *naïve* juristische Denken besteht. Der rechtsphilosophische Funktionalismus glaubt die subjektsbezogene Rechtsbetrachtung in die rein objektive, den Substanzbegriff der Person in den Funktionsbegriff des objektiven Rechts auflösen zu können.¹ Angesichts der Ergebnisse dieser „Auflösung“ kann aber ernstlich bezweifelt werden, dass dieser Funktionalismus

¹ „... das sogenannte *subjektive* Recht als Berechtigung ist nur eine besondere Gestaltung des *objektiven* Rechts, ist selbst *Norm*.“ „In Wahrheit ist das Rechtssubjekt nur die Verdoppelung des subjektiven

sicht selbst richtig verstehe. Wenn das Verhalten einer *Person* nie Inhalt der Rechtssätze sein kann, wenn wohl der Mensch, aber nicht die Person berechtigt und verpflichtet werden kann, denn die Person berechtigen oder verpflichten hiesse: Rechte berechtigen, Pflichten verpflichten, kurz Normen normieren², dann erhebt sich gegenüber dieser radikalen Konsequenz der *Kelsenschen* Lehre die Frage, ob denn in diesem funktionellen Rechtsbegriff der Person der naive Personbegriff tatsächlich aufgelöst, oder ob er nicht vielmehr einfach über Bord geworfen und dem metajuristischen Begriffe des *Menschen* überantwortet wird?

Es soll hier nicht entschieden werden, ob der Funktionalismus in der Rechtswissenschaft „am rechten Orte“ ist.³ Es ist aber gegenüber einem „schlechten“ Rechtsfunktionalismus das grösste Gewicht darauf zu legen, dass, wenn das objektive Recht ein die sämtlichen Relationen innerhalb des positiven Rechts umspannendes Kontinuum ist, so vertritt der Begriff der Person in der juristischen Betrachtung einen von dem Zusammenhange der objektiven Rechtsrelationen grundverschiedenen Relationszusammenhang, eine von der „Beharrung“ der objektiven Rechtsfunktionen grundverschiedene Funktionsbeharrung, ein von dem „Koordinatensystem“ der objektiven Rechtsrelationen grundverschiedenes Koordinatensystem.

Dieses eigenartige Entgegenstehen der interpersonalen gegenüber der objektiven Rechtssphäre, hat seinen letzten Grund darin, dass das Recht, wie *jede* Norm, eine wesentlich über sich selbst hinausweisende Bedeutung ist: es bezieht sich auf etwas, was nicht es selbst ist, es *gilt* dem Menschen, der Person *entgegen*. Die funktionelle Auflösung der Person gelingt

Rechtes, und soferne dieses auf das objektive Recht zurückgeführt ist, dessen substantivische Reproduktion: Dem Recht als Objekt tritt — ein Spiegelbild gleichsam — das Recht als Subjekt gegenüber.“ „... es sind Rechtsnormen, die sich der Rechtserkenntnis im Gegenstande „Rechtssubjekt“ darstellen, Rechtssätze in Beziehung auf bestimmte Inhalte.“ Hans Kelsen: Allgemeine Staatslehre 1925. S. 58, 62, 63.

² Kelsen a. a. O., S. 64.

³ Siehe das höchst instruktive Buch Siegfried Marcks: Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie 1925.

Kelsen und *Sander* nur um den Preis ihrer Identifikation mit dem objektiven Rechte. Es ist aber unmöglich, die Person als objektives Recht aufzufassen. Die Person hat *Entgegenstehen* gegenüber dem Rechte, ist selbst nicht Recht. Das Recht kann kein Unrecht begehen, wohl aber das Rechtssubjekt, die Person. Die Relationen, deren „Beharrung“ die Person bedeutet, sind keine objektiven Rechtsrelationen, sondern Relationen von objektiven Rechtsrelationen auf eine metarechtliche Subjektivität. Wenn die Person nicht mehr Subjekt der Pflichten und Rechte sein kann, dann hat sie aufgehört etwas rechtlich Relevantes zu sein. Der Begriff der Person ist notwendig, um das *Entgegenstehen* des objektiven Rechts gegenüber dem Pflicht-, Rechts- und Unrechtssubjekte, die zwischen beiden bestehende *Spannung* juristisch darstellen zu können. Wird diese Spannung durch das Identifizieren von Recht und Person aufgehoben, so verliert der Personbegriff ganz und gar seine Bedeutung.

Die juristische Subjektsbezogenheit, die Personbezogenheit ist eine *notwendige* Beziehung des Rechtssatzes. Eine Norm ohne ein Subjekt, das sie befolgen könnte, hat ebensowenig Sinn, wie ein Wert, dessen Träger, an dem er haften könnte, von vornherein ausgeschlossen wäre. Das Normsubjekt, der „Adressat“ der Rechtsnorm kann nur eine *handlungsfähige (befolungsfähige) Person im Rechtssinne* sein. Das tatsächliche Befolgtwerden der Rechtsnorm wäre von vornherein ausgeschlossen, wenn ihr Adressat keine Fähigkeit besäße, sie zu befolgen. Das tatsächliche Befolgtwerden gehört aber zum Begriffe des Rechts.⁴ Eine Regel, die Rechte und Pflichten von Centauren, Nymphen oder Toten statuierte, wäre keine Rechtsnorm. Wenn die Fähigkeit, eine Rechtsnorm zu befolgen, als eine spezifische Handlungsfähigkeit (Befolungsfähigkeit) genannt werden darf — denn die Rechtsnorm, die notwendig menschliche *Handlungen* regelt, kann nur durch Handeln befolgt werden —, so kann man den *Einheitsbegriff* des Rechts-, Pflicht- und Unrechtssubjektes als den der handlungsfähigen Person im Rechtssinne bestimmen. Die Einheit dieses Begriffes springt

⁴ Siehe: Julius *Moór*: Macht, Recht, Moral. Ein Beitrag zur Bestimmung des Rechtsbegriffes. 1922. S. 12.

in die Augen, wenn man bedenkt, dass seine Elemente: ein blosser Zurechnungspunkt (*Kelsen*) und eine blosser Handlungsfähigkeit, rechtlich nur in notwendiger Korrelation relevant werden können. Ein Zurechnungspunkt ohne Handlungsfähigkeit kann keine „Bewegung“ in der Rechtssphäre haben, kann keine Rechte *erwerben*, keine Pflicht *erfüllen*, kein Unrecht *begehen*. Eine Handlungsfähigkeit ohne Zurechnungspunkt hat aber gar keine rechtliche Beziehung, keinen rechtlichen „Halt“, es könnte kein *Recht* sein, das durch sie erworben, keine *Pflicht*, die durch sie erfüllt, kein *Unrecht*, das durch sie begangen wird. In dem Einheitsbegriffe des Rechtssubjekts ist der *Zurechnungspunkt* ein *normatives*, die *Handlungsfähigkeit* aber ein *reales* Begriffselement. Der Zurechnungspunkt ist eine Konstruktion des positiven Rechts; die Handlungsfähigkeit ist aber eine von jeder normativen Konstruktion unabhängige *Wirklichkeit*.⁵ Es

⁵ D. h. streng genommen eine *Möglichkeit* einer Wirklichkeit. Es interessiert hier weniger, dass der Wirklichkeitsbegriff der Handlungsfähigkeit ein *ethisch* gefärbter Begriff ist. Auf die Beziehungen des Rechtssubjekts und des ethischen Subjekts ist neuestens von *Binder* hingewiesen worden. Wenn aber *Binder* den ethischen Subjektsbegriff, den er im Gegensatz zum Objekte (Mittel) als den Begriff eines Selbstzwecks bestimmt, einfach auf das Rechtssubjekt übertragen will, so muss doch betont werden, dass die Linien der Beziehungen zwischen juristischer und ethischer Person mit viel feinerem Stifte gezeichnet werden müssen. Es braucht nicht notwendig jedes ethische Subjekt ein Rechtssubjekt zu sein (Sklaven) und die Stiftungen sind zwar in demselben Sinne Rechtssubjekte, aber gewiss keine ethische Subjekte, wie die Menschen. Gar nicht das Begriffselement des Zurechnungspunktes, sondern das der Handlungsfähigkeit ist für die positivrechtliche Konstruktion ethisch gegeben. Gerade der Schwerpunkt der ethischen Zurechnung kann durch das Recht sozusagen nach Belieben umgesetzt werden. Die juristische und die ethische Zurechnung können divergieren; aber der ethische und der juristische Begriff der Handlungsfähigkeit (Befolungsfähigkeit) ist der selbe. Die Handlungsfähigkeit (Befolungsfähigkeit) ist eine notwendige gemeinsame Voraussetzung der divergierenden positiven oder negativen ethischen und juristischen Zurechnung. Der ethische Grundbegriff der *Aktivität*, der *Spontaneität der Handlung* ist ein Begriff jenseits des Gegensatzes von Zurechenbarkeit und Unzurechenbarkeit. Man verharret innerhalb dieses Gegensatzes, wenn man feststellt, dass es ethisch unzurechenbar ist, was man aus Irrtum getan hat oder dass der Sklave keine Rechte erwerben kann. Dagegen bewegt man sich jenseits des genannten Gegensatzes, weil jenseits des ethischen Grundbegriffes der Aktivität, wenn man feststellt, dass ethische

hängt allein von dem Rechtserzeuger ab, was er zu einem Zurechnungspunkte macht; die Handlungsfähigkeit ist aber für ihn, als Wirklichkeit, *gegeben*: er muss mit ihr immer in ihrer ganzen *Wirklichkeitsobjektivität* rechnen, so oft er Rechtssubjekte, Personen im Rechtssinne, konstruieren will.

In den meisten positiven Rechtssystemen begegnen wir aber nun einem künstlichen Auseinanderreißen der konstitutiven Elemente des einheitlichen Rechtssubjekts. Es ist nämlich durchaus möglich diese Elemente verschiedentlich zu *kombinieren*. Es steht dem Rechtserzeuger frei, die Handlungsfähigkeit des einheitlichen Rechtssubjekts zu *anderen* Zurechnungspunkten zuzuordnen; wodurch dieser letztere Zurechnungspunkt *und* die zugeordnete Handlungsfähigkeit zu einem neuen einheitlichen Rechtssubjekte wird. Das ist der Fall in der Konstruktion der *Stellvertretung* sowohl, als in der der *Organschaft*. Das Handeln des Stellvertreters wird ebenso dem Vertretenen zugerechnet, wie das des Organs der das Organ habenden Person. Der wesentliche Unterschied ist, dass die Handlungsfähigkeit des Organs zu einem Zurechnungspunkte zugeordnet ist, welcher ohne solche Zuordnung nicht zu einem einheitlichen Rechtssubjekte werden könnte; der Vertreter dagegen zu einem solchen Zurechnungspunkte zugeordnet ist, der auch ohnedem handlungsfähig ist. Im Falle der Stellvertretung gibt es *zwei* Zurechnungspunkte und *zwei* Handlungsfähigkeiten; im Falle der Organschaft gibt es *zwei* Zurechnungspunkte, *aber nur eine* Handlungsfähigkeit. Jede Organhandlung wird zweifach: der das Organ habenden Person *und* der Organperson zugerechnet. In der ersten Richtung ist das Organ bloss Durchgangspunkt, in der zweiten aber Endpunkt der Zurechnung. Derselbe Rechtssatz, der das Organ zur

oder juristische Zurechnung z. B. zu einem *Strome* von vornherein ausgeschlossen ist. Das ist der Punkt, wo die Konstruktion der juristischen Person auf den ethischen Subjektsbegriff, auf den die Spontaneität des Handelns, die Aktivität der Person allein darstellenden totalen, philosophischen *Ichbegriff* zurückgreift. Rechtliche Zurechnungspunkte können immer nur mit Zuordnung von einer im Sinne des totalen Ichbegriffes aktiven Handlungsfähigkeit konstruiert werden. Vgl. Julius *Binder*: Philosophie des Rechts, 1925. S. 439—450. und *Marck* a. a. O.

Organhandlung ermächtigt, verleiht ihm auch subjektives Recht zur Ausübung der Organhandlung. Organqualität und Persönlichkeit des Organs beruhen also auf demselben Rechtssatze. Organschaft und Stellvertretung sind demnach nicht kontradiktorische, einander ausschliessende Begriffe, nicht einmal zwei verschiedene *Genera*, sondern die Stellvertretung ist das *Genus* und eine ihrer *Spezies* ist die Organschaft. Während die Stellvertretung im allgemeinen eine *symmetrische* Konstruktion ist, ist die Organschaft eine wesentlich *asymmetrische* Konstruktion der Stellvertretung.“

Es ist auch ein *Organ des Organs* möglich. Die Organperson kann nur ein *einheitliches* Rechtssubjekt sein. Die Handlungsfähigkeit der Organperson ist es, die zum blossen Zurechnungspunkte der konstruierten Person zugeordnet wird und diese Zuordnung der Handlungsfähigkeit zu einem blossen *konstruierten* Zurechnungspunkte ist das Wesen der Organschaft. Es ist nun durchaus möglich zu einem konstruierten Zurechnungspunkte eine zu einem *anderen konstruierten* Zurechnungspunkte zugeordnete Handlungsfähigkeit zuzuordnen. In diesem Falle steht man drei Zurechnungspunkten, aber nur einer einzigen Handlungsfähigkeit gegenüber. Jedes dem *ersten* konstruierten Zurechnungspunkte zurechenbare Verhalten wird *noch zweifach* zugerechnet: dem *zweiten* konstruierten Zurechnungspunkte (dem *primären* Organ) und dem ursprünglichen Zurechnungspunkte der zu dem letzteren zugeordneten Handlungsfähigkeit. Die Konstruktion des Organ-Organ ist aber

“ Vgl.: Felix Kaufmann: Die Kriterien des Rechts. 1924. S. 92—97. Bernatzik: Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere. Archiv für öffentliches Recht. Bd. V. 1890., Hugo Preuss: Über Organpersönlichkeit. Eine begriffskritische Studie. Schmollers Jahrbuch. Jhrg. XXVI. Heft 2. 1902., Stellvertretung oder Organschaft. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. II. Folge Bd. VIII. 1902., Schlossmann: Organ und Stellvertreter. Jherings Jahrbücher II. Folge Bd. VIII. 1902., Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre 1911. S. 691., G. Grosch: Organschaft und Stellvertretung. Schmollers Jahrbuch 39. Jhrg. Heft. 1. 1915., Br. Beyer: Zum Begriff des Staatsorgans und seiner Tätigkeit. Archiv des Öffentlichen Rechts. Bd. XXXIV. 1915.

unmöglich, wenn das primäre Organ keine *konstruierte* Person, sondern ein handlungsfähiger Mensch ist. Der handlungsfähige Mensch kann kein Organ, sondern nur einen Stellvertreter haben, denn nur das zu einem *konstruierten* Zurechnungspunkte zugeordnete einheitliche Rechtssubjekt fällt unter den Organbegriff.⁷

Wir verharren in der interpersonalen Rechtssphäre und gelangen zu einem *ersten*, personalen Organbegriff. *Organ einer Person im Rechtssinne ist dasjenige einheitliche Rechtssubjekt, dessen Handlungsfähigkeit zu einem positivrechtlich konstruierten Zurechnungspunkte positivrechtlich zugeordnet ist. Person im Rechtssinne* ist das Subjekt von Rechtspflichten, Rechten und Rechtsverletzungen; *einheitliches Rechtssubjekt* ist die handlungs — (befolungs-, erwerbungs-, verletzungs-) fähige Person im Rechtssinne; *Zurechnungspunkt* ist dasjenige Begriffselement des einheitlichen Rechtssubjekts, das nach der Abstraktion der Handlungsfähigkeit zurückbleibt. Eine *konstruierte* Person im Rechtssinne, eine „juristische“ Person ist diejenige, deren Handlungsfähigkeit vom positiven Rechte mit künstlicher Konstruktion zu ihrem Zurechnungspunkte zugeordnet wird; während die Handlungsfähigkeit der *nichtkonstruierten* Person im Rechtssinne, des Menschen, für das positive Recht gegeben ist und so die künstliche Konstruktion hier überflüssig ist.⁸

Organ einer Person im Rechtssinne kann sowohl eine

⁷ Vgl. Georg Jellinek: Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, 4. Neudruck 1922. S. 544—563. Von diesem Gesichtspunkte aus ist auch zu entscheiden, ob neben dem *Organismus* und dem *Organ* noch der *Organträger* zu unterscheiden sei? Diese Unterscheidung wäre nur dann möglich, wenn das positive Recht z. B. den „Beamten“, als sekundäres Organ, zum „Amte“, als primären Staatsorgane, zuordnet, wodurch aber der „Organträger“ zum „Organ“ wird. In der Konstruktion Jellineks hat das vom Organismus und Organträger unterschiedene Organ, das weder Persönlichkeit, noch Handlungsfähigkeit besitzt, das absolut unfähig ist zu jeder erdenklichen Funktion, die von jeher als Person- oder Organfunktion bezeichnet worden ist, keine Rechtsrelevanz mehr. Der Staatsorganbegriff Jellineks ist ein für den Juristen gänzlich gleichgültiger, weil absolut *leerer* Rechtsbegriff.

⁸ Ein *absolut handlungsunfähiger Mensch* fällt unter dem Begriffe der *konstruierten* Person. Der „Stellvertreter“ eines solchen wäre also ein Organ.

konstruierte, als auch eine nichtkonstruierte Person im Rechtssinne sein, aber immer nur ein einheitliches Rechtssubjekt. *Jede* konstruierte Person muss ein Organ haben und *nur* konstruierte Personen können Organe haben. Wenn die Organperson eine konstruierte Person ist, so ist diejenige nichtkonstruierte Person, die Organ der *unmittelbaren* Organperson ist, zugleich *mittelbares* Organ der ersten Person.

Insofern der Staat Subjekt von Rechtspflichten, Rechten und Rechtsverletzungen ist, ist er Person im Rechtssinne. Organe kann und muss der anderen Personen koordinierte, interpersonale Staat ebenso, wie andere konstruierte Personen haben. Der so gewonnene Begriff vom Staatsorgane ist der erste, interpersonale Staatsorganbegriff.

Es gibt aber neben dem personalen noch einen zweiten Organbegriff. Der Ausdruck Staatsorgan selbst deckt zwei verschiedene Begriffe, deren scharfe Unterscheidung die Grundbedingung der richtigen Lösung des Organproblems ist. Unter Staatsorgan kann erstens das Organ des Staates, als einer Person im Rechtssinne (*personaler Organbegriff*) und zweitens dasjenige Organ verstanden werden, welches in dem Staate zur Rechtserzeugung positivrechtlich delegiert ist (*Rechtsorganbegriff*). Wird das Staatsorgan als *Organ der Staatsperson* gemeint, so bedient man sich des Ausdrucks „Organ“ in bezug auf den „Organismus“ (per analogiam: „die Organe des Menschen“). Wird dagegen das Staatsorgan als *Rechtsorgan* gemeint, so wendet man den Ausdruck „Organ“ mit Beziehung auf die „Funktion“ an (per analogiam: „die Organe des Blutumlaufes“). Der Gedanke, dass die Staatsorgane eigentlich vielmehr *Rechtsorgane* sind, tritt bereits bei *Fricker*⁹, v. *Gierke*¹⁰, *Somló*¹¹, *Kelsen*¹², *Sander*¹³ und *Merkel*¹⁴

⁹ Die Persönlichkeit des Staats. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. Tübingen. XXV. Jahrg. 1869. S. 44—45.

¹⁰ Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. XXX. Jahrg. 1874. S. 334.

¹¹ Juristische Grundlehre, 1917. S. 324—326.

¹² In der Staatsorgantheorie *Kelsens* ist ein wesentlicher Unterschied zwischen der Auffassung des *Verfassers der Hauptprobleme* und der des

hervor. Es fehlt aber bisher die scharfe Unterscheidung und Bestimmung beider Organbegriffe, die Feststellung ihrer Verbindbarkeit und das Verständnis des Sinnes ihrer Verschiedenheit sowohl, als ihrer Verbundenheit.

Wir haben in der Bezogenheit jedes Rechtssatzes auf Personen eine *notwendige* und *positivrechtlich determinierte*

späteren Kelsens bemerkbar. Nach dem *Verfasser der Hauptprobleme* sind unter der spezifischen Staatsorganfunktion diejenigen Handlungen zu verstehen, welche als die Realisierung des im Rechtssatze ausgedrückten Staatswillens erscheinen. (S. 464.) Der *dynamische* Staatsorganbegriff der „*Allgemeinen Staatslehre*“ 1925. wird dagegen folgendermassen bestimmt: „*Staatsorgan* im Sinne eines die staatliche Ordnung schaffenden Werkzeuges ist somit der durch die Norm höherer Stufe bestimmte Setzer der Norm niedrigerer Stufe.“ (S. 262.) Ausser dem dynamischen kennt *Kelsen* aber noch einen *statischen* Organbegriff: „Organ des Staates ist, wer einen Staatsakt setzt“, „... ist im Sinne des statischen Organbegriffes nur der Setzer des Zwangsaktes Staatsorgan.“ (S. 264.) Da nach der hier vertretenen Auffassung die Realisierung, die zwangsweise Durchführung des Rechts ebenso zu der Rechtserzeugung gehört, wie die Setzung der Rechtssätze, können der statische und der dynamische Organbegriff *Kelsens* in gleichem Masse als Rechtsorganbegriffe betrachtet werden. Es ist sehr instruktiv, wenn *Kelsen* erkennt, dass die Rechtserzeugung vom immanenten Standpunkte der Rechtsordnung als ein *Tatbestand* und zwar nicht als *Subjekt*, sondern als *Objekt* der Normerzeugung in Betracht kommt. Die im Begriffe des Staatsorgans liegende Personifikation wird von *Kelsen* durch die Einsicht aufgelöst, „dass mit diesem Begriffe der durch das Recht geregelte, somit den Inhalt einer Rechtsnorm bildende Tatbestand der Rechtserzeugung gemeint ist.“ Für die Staatslehre steht also nach *Kelsen* „nicht eigentlich der Begriff des Organsubjekts, sondern der der objektiven Organfunktion als eines spezifischen, durch die Staatsordnung normierten Tatbestandes in Frage.“ „Das Staatsorgan als Subjekt ist offenbar nur die Rechtsperson im Hinblick auf die Rechtserzeugung oder Rechtsvollziehung. Es ist der Begriff der Rechtsperson im System der Rechtsdynamik. So wie die „Person“ im allgemeinen, so ist auch das „Staatsorgan“ im besonderen die Personifikation eines spezifischen Tatbestandes oder Tatbestandkomplexes.“ (S. 265—266.)

Die Staatsorgantheorie *Kelsens* hängt so eng mit seiner allgemeinen Rechtstheorie zusammen, dass eine eingehende Würdigung seiner Konstruktion nur auf Grund einer Synopse seiner Staatsrechtstheorie und seiner Staatsorgantheorie möglich ist.

Die Rechtstheorie der *Hauptprobleme* kann aber an der Hand des darin dargestellten Verhältnisses des Staats- und Rechtsbegriffes am

Subjektsbezogenheit des Rechts erkannt. *Notwendig* ist diese Subjektsbezogenheit, weil jede Norm eine sich auf ein Normsubjekt beziehende Bedeutung ist; *positivrechtlich determiniert* ist sie insofern, als die Person als Rechtsinhalt nicht mit dem Menschen zusammenfällt, sondern sozusagen ein juristischer Abhub des soziologischen, ethischen usw. Subjektes ist.

klarsten überblickt werden. Es kann gezeigt werden, dass weder der Rechtsbegriff, noch der Staatsbegriff der *Hauptprobleme Einheit* besitzt. Die Heterogenität des *Kelsenschen* Rechtsbegriffes wird in der Unterscheidung des Rechtssatzes im engeren und weiteren Sinne offensichtlich. Der erstere ist der die Untertanen, der letztere der den Staat verpflichtende Rechtssatz. Diese prinzipielle Trennung der zwei grossen Hauptarten der Rechtssätze erregt von vornherein Verdacht gegenüber dem Postulate *Kelsens*, nach welchem der Staat als Persönlichkeit, d. h. als Subjekt von Rechten und insbesondere von Pflichten in seinem Verhältnis zur Rechtsordnung nicht anders zu denken ist, als alle übrigen Subjekte. (S. 434.) Das ist das *Postulat der den übrigen Personen koordinierten Staatsperson bei Kelsen*. Dieses Postulat durchzuführen gelingt aber *Kelsen* aus dem einfachen Grunde nicht, weil er *das Recht als den Willen des Staates* auffasst. Wie könnte diejenige Person den anderen koordiniert sein, deren Wille das objektive Recht selbst ist, deren Pflicht mit ihrem Willen zusammenfällt („Des Staates Wille ist sein Sollen, seine Pflicht ist sein Wille.“ S. 250.), die weder Unterlassungspflichten haben (S. 437.), noch rechtswidrig handeln kann (S. 446. und: Über Staatsunrecht 1913.)? Der Wille dieser Person ist des Weiteren ein *imputierter* Wille, da der Erzeuger der Rechtsordnung, des Staatswillens, nach *Kelsen* nicht der Staat, sondern die Gesellschaft ist; nicht der Staat, sondern die Gesellschaft erzeugt die Pflichten, d. h. aber den Willen des Staates. Die Staatsperson — sagt *Kelsen* — wird nicht dann und dazu verpflichtet, wann und wozu es *ihr* gefällt, sondern wann und wozu es den zur Gesetzgebung berufenen Menschen gut dünkt. (S. 433.) Da aber nach *Kelsen* die *Pflicht* des Staates sein *Wille* ist, so folgt aus dem Obigen, dass die Staatsperson nicht dann und das *will*, was *ihr* gefällt, sondern was den zur Gesetzgebung berufenen Menschen gut dünkt. Wenn die *Pflicht* des Staates von aussen her stammt, so gehört auch sein *Wille* nicht ihm, vorausgesetzt, dass Staatswille und Staatspflicht dasselbe sind. Richtig wird also von *Marck* die Frage gestellt, ob es nicht ein Widerspruch sei, die Rechtsordnung gleichzeitig als über den Staat, als Person, stehend und als Inhalt seines Willens zu denken? (a. a. O. S. 20.) *Marck* sieht klar, dass in diesem von tiefen und bedeutungsvollen Widersprüchen schwangeren Staatsbegriffe eigentlich schon der Keim der Spekulation des *späteren Kelsens* steckt, dass die schärfere Ausarbeitung der objektivistischen Tendenz in der Spekulation *Kelsens* auf die radikale Ausmerzung dieses „Caput mortuum der Staatsperson“ auf

Das Recht, als Objekt, hat aber, wie jede empirische Norm, noch eine zweite notwendige Subjektsbeziehung, die Beziehung auf den Normsetzer, den *Rechtserzeuger*. Das Recht steht in offenkundiger Objektbeziehung zu dem Rechtserzeuger und zur Person, aber der Sinn beider Beziehungen ist ein verschiedener. Im Bilde gesprochen: das Recht

der einen und auf die Identifikation von Recht und Staat auf der anderen Seite geführt hat.

Der Staatsbegriff der Hauptprobleme umfaßt nämlich einerseits: *Rechtspersonbegriffselemente* und andererseits *objektive Rechtsbegriffselemente*. Vor dem Verfasser schwebte offenbar die *Aushebung der Personbegriffselemente als Ziel*, aber der Begriff dieses Rechtsperson-Staates, dieses *interpersonalen Staates* wird offensichtlich durch die mit ihm kombinierten *Begriffselemente des rechtsidentischen Staates* gesprengt. Die *koordinierte* Staatsperson ist das Ziel, dessen Erreichen an den diesem koordinierten, interpersonalen Staate imputierten Eigenschaften scheitert: an den *rechtsidentischen Kriterien der Identität von Wollen und Pflicht, der Ausgeschlossenheit von Unterlassungspflichten und der Unfähigkeit zum Unrechte*.

Der interpersonale, koordinierte Staat Kelsens ist ein richtig erfasster Rechtsbegriff. So oft im positiven Rechte die subjektiven Rechte und Rechtspflichten des Staates aufgezeigt werden können, das Rechtssubjekt dieser Pflichten und Rechte ist immer die interpersonale, koordinierte Staatsperson. *Der Wille* dieser koordinierten, interpersonalen, positivrechtlich allein existenten Staatsperson *fällt aber keineswegs mit ihrer Pflicht zusammen, ist bei weitem nicht das objektive Recht, diese Staatsperson hat mannigfache Unterlassungspflichten und ist auch des Unrechtes fähig*.

Gegenüber dieser positivrechtlich allein existenten interpersonalen, koordinierten Staatsperson ist der Begriff des *unrechtsuntfähigen Staates, dessen Wille das objektive Recht selbst ist und mit seiner Pflicht zusammenfällt*: der *rechtsidentische* Staatsbegriff. Dieser Staatsbegriff ist nichts anderes, als die Konzeption der juristischen Persönlichkeit *des auch den Rechtserzeuger umfassenden Staates, des totalen Staates*. Die rechtliche Qualifikation, also auch die juristische Persönlichkeit des primären Rechtserzeugers ist aber offensichtlicher *filius ante patrem*; die juristische Persönlichkeit des auch den Rechtserzeuger umfassenden, den Rechtserzeuger symbolisierenden totalen Staates ist nicht konstruierbar; der *rechtsidentische* Staat kann keine juristische Person sein. So hängt die *Identifikation von Recht und Staat* mit der *radikalen Ausmerzung des Personbegriffs* in der späteren Spekulation Kelsens zusammen.

Die *rechtsidentischen* Begriffselemente des Staatsbegriffs der *Hauptprobleme* liegen auch der Unterscheidung des Rechtssatzes im engeren und im weiteren Sinne, der bei solcher Auffassung unausweichbaren Heteroge-

kommt von dem Rechtserzeuger her und *geht* auf die Person hin. Die Bedeutungsrichtung des Rechts ist eine vom Rechtserzeuger ausgehende und auf die Person gerichtete und diese Bedeutungsrichtung ist nichtumkehrbar. Die Beziehungen des *Ursprunges*, des Herstammens vom Rechtserzeuger und die des *Hingeltens* auf die Person im Rechtssinne sind notwendige und

neitität des Rechtsbegriffes zugrunde. Die Funktion des *Rechtssatzes im engeren Sinne* gegenüber dem *Untertanen* ist offensichtlich eine ganz andere, als die des *Rechtssatzes im weiteren Sinne* gegenüber dem *Staate*. Gegenüber dem Untertanen ist der *Kelsensche* Rechtssatz eine *heteronome*, gegenüber dem Staate eine *autonome* Norm; das Kriterium der Rechtspflichtigen des Untertanen ist die *Sanktion des Zwangsaktes*, das der Rechtspflichtigen des Staates, dass sie *mit seinem Willen zusammenfallen*. Die *rechtsidentischen* Begriffselemente des Staatspersonbegriffs sind verantwortlich dafür, dass der Verfasser der *Hauptprobleme* weder zu einem einheitlichen *Rechtsbegriffe*, noch zu einem einheitlichen *Staatsbegriffe* gelangen konnte. Wie die *Staatsperson* in ihrem Verhältnisse zum Rechtssatz in der Konzeption *Kelsens* etwas ganz anderes ist, als die ihr angeblich koordinierten übrigen Personen, so bedeutet auch der *Kelsensche Rechtssatz* etwas ganz Verschiedenes gegenüber dem Untertanen und gegenüber der Staatsperson.

In der Spekulation des *späteren Kelsens* gelangen die rechtsidentischen Elemente zu Übergewicht und der Staatsbegriff wird mit dem Rechtsbegriffe identifiziert. Die Personbegriffselemente finden durch die Ausmerzung des Personbegriffs, durch seine „Auflösung“, Hineinschiebung in den Rechtsbegriff, Erledigung. Der Rechts- und Staatsbegriff wird dadurch nicht jeder für sich *einheitlich*, sondern zu *einem-einzigen Begriffe*. Derselbe *Kelsen*, dessen Rechts- und Staatsbegriff, jeder für sich, an einer unheilbaren begrifflichen Zweifelt krankte, ist jetzt, in das entgegengesetzte Extrem gefallen, die Einheit dieser Begriffe nur durch ihre unerlaubte Verschmelzung zu erreichen fähig. Die Staatsperson ist nun für *Kelsen* ebenso, wie alle übrigen Personen, die Personifikation von Rechtsnormen. Und zwar ist die Staatsperson Personifikation der Totalrechtsordnung, die übrigen Personen Personifikationen von Teilrechtsordnungen. (Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. 1920. S. 20—21.) Abgesehen davon, dass die Identifikation von Person und Recht ein aussichtsloses Unternehmen ist, auf dessen radikale, sich selbst vernichtende Folgen wir bereits aufmerksam wurden (vgl. auch: v. *Hippel*: Zur Kritik einiger Grundbegriffe in der „reinen Rechtslehre“ Kelsens. Archiv des öfftl. Rechts. Neue Folge Bd. 5. Heft 3. 1923.), ist der Hauptfehler der rechtsidentischen Konstruktion der Staatsperson der folgende. Während die juristische Persönlichkeit der übrigen Personen, der „Teilordnungen“, aus der Rechtsordnung abgeleitet werden kann, *ist eine solche Ableitung der juristischen Persönlich-*

wesentlich verschiedene Subjektsbeziehungen des objektiven Rechts.

Das *Setzen* und das *Vollziehen*, also beide *Ursprungsbeziehungen* des Rechts führen uns letzten Endes zu dem *Menschen*. Im Endpunkte der Ursprungsbeziehung, wie in dem der Hingeltungsbeziehung des Rechts steht der Mensch. Der

keit des mit der „Totalrechtsordnung“ identischen Staates aus der Rechtsordnung unmöglich. Denn die Ableitung setzt einen höheren Rechtssatz voraus, der bei der Teilordnung vorhanden ist, aber eine über der totalen Rechtsordnung stehende Rechtsnorm ist begrifflich ausgeschlossen. Dieser tiefliegende Fehler ist für die gesamte Spekulation der „jungösterreichischen Schule“ geradezu *typisch*.

Der Staatsorganbegriff *Kelsens* umfasst nun in gleicher Weise, wie sein Staatsbegriff, sowohl *personale*, als auch *Rechtsorganbegriffselemente*. Der „dynamische“ Organbegriff ist ein reiner Rechtsorganbegriff. Der „statische“ Organbegriff wäre eigentlich auch als Rechtsorganbegriff, also als dynamischer Organbegriff aufzufassen. Da aber nach *Kelsen* die zwangsweise Durchführung des Rechtssatzes nicht mehr zur Rechtserzeugung gehört, kann auch als das Ergebnis der Organfunktion des statischen Organs im Sinne *Kelsens* keineswegs das Recht selbst und so das „statische“ Organ keineswegs als Rechtsorgan betrachtet werden. Der statische Organbegriff ist offensichtlich ein zurückgebliebenes *caput mortuum* des personalen Organbegriffs. Wenn die Rechtsordnung vor der statischen Organfunktion bereits „fertig“ ist, dann steht die Funktion des statischen und des dynamischen Organs keineswegs auf derselben Linie, dann ist der statische Organbegriff in einem wesentlich anderen Sinne ein *funktioneller*, als der dynamische. Die *Zurechnung* zum Staate ist das Kriterium des statischen im Gegensatz zu dem als „der durch die Norm höherer Stufe bestimmter Setzer der Norm niederer Stufe“ definierten dynamischen Organe. Wenn „Zurechnung eines Tatbestandes zum Staate nichts anderes ist als die Beziehung dieses Tatbestandes auf die Einheit der staatlichen Ordnung“ (Allg. Staatslehre. S. 268.), dann passt ja doch der statische Organbegriff wohl auch auf das dynamische Organ, deren Funktion ja gerade als *Tatbestand* (a. a. O. S. 266.) in Frage kommt. Dass der Organbegriff „der Begriff der Rechtsperson im System der Rechtsdynamik“ (a. a. O. S. 266.) sei, das passt wohl auf den dynamischen, keineswegs aber auf den statischen Organbegriff, welcher letztere ja ausserhalb der Rechtsdynamik steht. Eine *immanente* Kritik muss also im dynamischen Organbegriff *Kelsens* einen *Rechtsorganbegriff*, im statischen hingegen einen *personalen Organbegriff* erblicken, wenn auch für eine *transzendente* Kritik beide als *Rechtsorganbegriffe* in Betracht kommen. Es ist ein hohes Verdienst *Kelsens*, erkannt zu haben, dass der Rechtsorganbegriff im System der Rechtsdynamik dem Begriffe der Person entspricht. Diese Erkenntnis führt zur

im Endpunkte der Hingeltungsbeziehung stehende Mensch wird nun durch den Personbegriff juristisch erfasst. Es fragt sich, auf welche Weise sich das juristische Denken der anderen Subjektsbeziehung, der Rechtsorganbeziehung bemächtigt? Gibt es ausser der Person vielleicht noch einen anderen juristischen Subjektsbegriff? Oder kann vielleicht die Organfunktion als

Frage der Verbindbarkeit, der *Praedikabilität* der objektiven und der subjektsbezogenen Rechtssphäre, die uns im Texte beschäftigen wird.

¹³ Nach *Sander* sieht die reine Rechtswissenschaft nur Rechtssätze und deren Funktionen: Herrschaft, Person, Organ, subjektives Recht usw. werden für sie zu Rechtssätzen und deren Funktionen. Die reine Rechtswissenschaft *verwirft alle Anthropomorphismen*. (Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung. Zeitschrift für öffentliches Recht. Bd. I. Heft 1—2. 1919. S. 142—143.) Der Zusammenhang der Rechtsfunktionen ist das *Rechtsverfahren*, das seinen Inhalt in einem Stufenbaue von Rechtssätzen und Tatbeständen erzeugt. (Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens. Ztschr. für. ö. R. Bd. I. Heft 5—6. 1920. S. 477.) Wie fügt sich das Organ in diesen Funktionszusammenhang hinein? Nach *Sander* bedeutet es eine metarechtliche Sprengung der Kontinuität des Rechts, wenn zwischen die Rechtsstufen „Organe“, „Menschen“ eingeschoben werden, die das Recht „weiterbilden“, da ja umgekehrt diese „Organe“ in den Tatbestandsrelationen der Rechtsverfahren sich konstituieren. Die Verschiedenheit der *Organe* bedeutet für *Sander* lediglich die Verschiedenheit der Rechtsverfahren. (Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Ztschr. f. ö. R. Bd. II. Heft 5—6. 1921. S. 561—562.) *Sander* will das *Organ* selbst in Rechtssatzfunktionen auflösen. (Vgl. Alte und neue Staatsrechtslehre. Ztschr. f. ö. R. Bd. II. Heft 1—2. 1921. S. 187.)

Es ist ein Verdienst *Sanders*, den *interpersonalen* und den *rechtsidentischen* Staatsbegriff, die — wie gezeigt — im Staatsbegriffe der *Hauptprobleme* miteinander vermengt erscheinen, klar geschieden zu haben. Der rechtserzeugende, der über dem Recht stehende *Staat* wird für *Sander* zu *transzendental-rechtlicher Kategorie*: zur rechtskategorialen Grundrelation der Erhaltung des Rechtsverfahrens; der *unter* dem Rechte — besonders unter dem Völkerrechte — stehende Staat aber zu einem *konkreten, empirischen Rechtstatbestande*. (Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung. 1922. S. 1033.) Der eigentümlichen Konstruktion *Sanders* entkleidet diese Erkenntnis, dass der *rechtsidentische, totale Staat* zu einer anderen Sphäre gehört, als die *interpersonale, koordinierte Staatsperson*. Der erstere ist eine soziologische Kategorie, die zweite eine positivrechtliche Konstruktion.

Den Organbegriff setzt *Sander* ohne Zögern mit dem *kategorialen* Staatsbegriff in Beziehung. Der kategoriale Staat bedeutet die Grundrela-

Personfunktion und umgekehrt aufgefasst werden? Es steht vor allem fest, dass der Erzeuger des *primären* Rechts unter keine rechtliche Qualifikation fallen kann, also wohl in soziologischem, aber nie im juristischen, rechtstechnischen Sinne „Rechtsorgan“ genannt werden darf. Die Rechtsqualität des primären Rechts festzustellen, ist keine juristische, sondern eine rechtssoziolo-

tion der Erhaltung des Rechtsverfahrens, das Organ aber eine noetische Koordinate sämtlicher Rechtsverfahren. Aber — und das ist das Eigentümliche — auch das Organ selbst ist ein Verfahrensprodukt! Für die Theorie der Rechtserfahrung bedeutet „Organbildung“ nichts anderes, als ein besonderes Rechtsverfahren, in welchem eine „Organ“ genannte besondere Rechtssatzregel, als die Regel weiterer Verfahren, erzeugt wird. (Staat und Recht. S. 1062.) Diese „wechselseitige Immanenz“ des Organs und des Verfahrens, überhaupt des Rechtssatzes und des Tatbestandes, der Noesis und des Noema, ist der Hauptfehler der Staatsorgantheorie *Sanders*. Worin besteht diese „wechselseitige Immanenz“? „Alle Tatsachen“ — sagt *Sander* — „sind *rechterhebliche* Tatsachen nicht in bezug auf *beliebige* Urteilsstandpunkte, auf konstante logische Koordinaten, sondern lediglich in bezug auf *bestimmte* Urteilsstandpunkte (der „berufenen Organe“), auf *variable* rechtliche Koordinaten, in bezug auf *Rechtsverfahren*. Die „Tatbestände“ sind *ausschliesslich* das intentionale *Korrelat* von *bestimmten* Akten, den *Rechtsakten*, welche nur in Rechtsverfahren (von „Organen“, nicht von jedem beliebigen „Menschen“) vollzogen werden können: nur in *Rechtsverfahren* tritt originär gebende Anschauung *rechterheblicher* Tatsachen auf.“ (Der Begriff der Rechtserfahrung. Logos. XI. 1923. S. 299.) Diese *Organbezogenheit* der Tatbestände wird von *Sander* mit dem grössten Nachdruck betont. In der Region der Urteile des Rechts tritt nach *Sander* eine besondere „Bedeutungsvariable“, die „Organvariable“ auf, welche die rechtlichen Bedeutungskomplexe von allen anderen Bedeutungskomplexen unterscheidet, ihnen aber auch *volle rechtliche* Bestimmtheit verleiht. (Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz. 1923. S. 136.) In den Urteilen des Rechts entspricht nach *Sander* einem jeden Momente der „Noesis“ ein Moment des „Noema.“ Die *Form* der Auffassung der rechtserheblichen Tatsachen, die „Noesis“, steht unter souveränen noetischen Axiomen, die Axiome der noetischen Logik des *Rechtes* sind. (Zuständigkeit“, „Organberufung“, „freies Ermessen“, „Rechtskraft“). Diese axiomatischen Momente des Rechts sind kein über dem positiven Rechte stehendes Recht, überhaupt kein Recht, sondern *ausgehobene abstrakte Momente* des Rechts, diejenigen Momente, welche in allen aktuellen Rechts- (Verfahrens-) Funktionen „beharren“, das *immanente* Wesen des positiven Rechts. (Zur Methodik der Rechtswissenschaft. Kantstudien XXVIII. 1923. S. 292. 299.) Aus diesen noetischen Axiomen hebt später *Sander* die „Zuständigkeit“ als *das* Wesensmoment der Organakte und Rechtsakte über-

gische Aufgabe. Die Rechtsqualität des primären Rechtes ist eine Voraussetzung der positiven Rechtswissenschaft. Die Rechtsqualität des primären Rechtes kann nur auf metajuristischer Grundlage, mittels ausserrechtlicher, besonders soziologischer, Relationen, konstatiert werden. Die Ursprungsbeziehung des primären Rechts kommt also für das juristische Denken

haupt hervor, auf welches auch die „Rechtskraft“ — worunter *Sander* den Modalitätscharakter, die „Möglichkeit“, „Wirklichkeit“ oder „Notwendigkeit“ sämtlicher Rechtsurteile versteht — zurückzuführen ist, da ja „Möglichkeit“, „Wirklichkeit“ und „Notwendigkeit“ im Rechte nur eine Möglichkeit, Wirklichkeit oder Notwendigkeit für Organe bedeuten kann. Alle Rechtserlebnisse haben nach *Sander* zwei Intentionalitätsrichtungen, die eine geht auf das Objekt, auf den „Tatbestand“ und die andere auf das Subjekt, auf das „Organ“ hin. „Organ“ und „Tatbestand“ sind aber keine „Dinge an sich“, keine jenseits des vollen Rechtsseins, des rechtlichen Noema stehende Substanzen. Wie die Tatsachendinge im Rechtsbewusstsein durch noematische Momente, so ist das „Organ“ dasselbst durch noetische Momente vertreten („Zuständigkeit“, „Rechtskraft“). Und da jedem noetischen Momente ein noematisches Moment entspricht, finden wir sämtliche „subjektive“ und „objektive“ Momente des Rechts, dieses Subjekt-Objektverhältnisses in dem rechtlichen Noema, in vollen Rechtssätze, in dem rechtserheblichen Tatbestande vertreten. Nach alldem ist *Recht* für *Sander* „jeder Zusammenhang von Realurteilen, welcher dem Axiome der Zuständigkeit untersteht.“ (I. c. S. 308—310.) Die Zuständigkeit ist in den Organakten eine „aktive“, in den auf Organakte bezogenen Nicht-Organ-Rechtsakten eine „passive“. Aktive und passive Zuständigkeit sind innere begriffliche Wesensmomente, welche, wie alle rechtsbegrifflichen Wesensmomente, sich auf *metarechtlich Reales* beziehen. Zuständigkeit ist dasjenige Rechtswesensmoment, das die metarechtliche Tatsache der „Macht“ im Rechtsbewusstsein vertritt und symbolisiert. (Staat und Recht als Probleme der Phänomenologie und Ontologie. Ztschr. f. ö. R. Bd. IV. Heft 1—2. 1924. S. 176. ff.)

Ist *Sander* seiner Meinung, dass die Rechtsordnung zu ihrer Konkretisierung keiner Organe bedarf, im Gegenteil sich selbst konkretisiert in Rechtsverfahren, innerhalb welcher das „Staatsorgan“ nur bestimmte Rechtssatzfunktionen bedeutet; dass innerhalb dieser Rechtssatzfunktionen die dinghaften Verknotungen der „Organe“ nirgends zu finden sind; dass der Begriff des Organs in der Lehre von der Rechtssubjektivität gehört, welche gewisse Rechtssatzfunktionen durch Beziehung auf individuelle- und postulierte Gemeinschaftszwecke subjektiviert (Staat und Recht. Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung. 1922. S. 641. 676.), ist *Sander* dieser Meinung treu geblieben? Mit dieser radikalen Ausrottung des Organ-

nicht in Betracht. Die Subjektsbeziehung des Ursprungs des sekundären Rechts steht dagegen bereits unter voller positivrechtlicher Determination, denn die Rechtsqualität des sekundären Rechtssatzes und die Organqualität des Erzeugers der sekundären Rechtsnorm kann aus dem Inhalte des primären Rechts, also juristisch festgestellt werden, ist eine reine positivrechtliche Relation.

begriffs ist die von *Sander* so emphatisch hervorgehobene *Organbezogenheit* sämtlicher Rechtsurteile unvereinbar.

Wir wissen nicht, ob *Sander* — wie *Marck* meint — mit der höchsten Überspannung des Logismus den Logismus überwinden will. (Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie 1925. S. 49.) Der Hauptfehler *Sanders*, wie *Kelsens* ist aber *nicht* die Überspannung der *logischen*, sondern die Überspannung der *juristischen* Betrachtung. Nicht die *Logik*, sondern die *Rechtswissenschaft* ist es, deren Tragfähigkeit die „*reine Rechtslehre*“ ebenso überschätzt, wie die „*Theorie der Rechtserfahrung*“. Man sollte doch bedenken, dass für beide Lehren sämtliche Fäden, die das Recht mit der *Kultur* verbinden, einfach abgeschnitten, die Beziehungen des Rechts auf die *Kulturwirklichkeit* und die Welt der Werte zu „ethisch-politischen Postulaten“ gebrandmarkt und jeder Objektivität entzogen sind. Es ist aber eine unerhörte Überspannung der positivrechtlichen Methode, wenn man alle Kultur- und Wertbeziehungen des positiven Rechts in „*Rechtsfunktionen*“ abbilden will. Wenn *Sander* keinen „Mensch“, keine „Person“, kein „Organ“, kein „richtiges Recht“ anerkennt, sondern nur was aus alledem im Rechtsverfahren dargestellt wird: so führt er nicht den *Rechtslogismus*, sondern den *Rechtslogismus*, nicht die *Logik*, aber die *Rechtswissenschaft* ad absurdum! Die Normlogik *Kelsens* ist ebenso eine Überspannung der positivrechtlichen Methode — die reine Rechtslehre *Kelsens* verschlingt auch die „Person“, den „Willen“, die „Pflicht“ usw. — wie die Verfahrenstheorie *Sanders*. Es sollte aber der Umstand, dass aus der Perspektive der Rechtslogik, für das juristische Denken die ganze „*metarechtliche Welt*“ zu bloßem Tatbestande wird, den die Proportionalität seiner Gedanken noch nicht ganz verlorenen Juristen doch nicht darüber hinwegtäuschen, dass das *Recht* selbst und mit ihm auch die *Rechtslogik* ja umgekehrt gerade in dieser „metarechtlichen Welt“ ihre Determinanten haben! Die soziologischen, Kultur- und Wertrelationen des Rechtes in positivrechtliche Relationen restlos aufzulösen ist unmöglich. Die Rechtsrelationen sind in den Zusammenhang mannigfacher soziologischer, Kultur- und Wertrelationen eingefügt, können also diese sie umfassenden Zusammenhänge nicht umfassen.

Wenn *Sander* das Staatsorgan und das Rechtsurteil in „wechselseitiger Immanenz“ begreifen will, so übertritt er die Grenzen der juristischen

Die Rechtsorganfunktion fällt eindeutig mit der Erzeugung (Setzung und Vollziehung) des *sekundären* Rechts zusammen. Das sekundäre, auf der Grundlage der primären Rechtsnorm erzeugte Recht kann auf keine andere Weise, als durch Rechtsorgane erzeugt werden. Das Wesen der Rechtsorganfunktion ist also der Ursprung des sekundären Rechts: Rechtsorgan ist also dasjenige Subjekt, welches vom primären Rechte zur Erzeugung des sekundären Rechts delegiert wird. Es ist nun überaus merkwürdig, dass für die juristische Betrachtung gerade die *Subjektivität* dieses Rechtsorgan-

Betrachtung. Denn im Sinne der Auffassung Sanders wird das *Urteil des Rechts* durch die *Organbezogenheit* (das noetische Axiom der Zuständigkeit), das *Organ* aber durch das *es konstituierende Rechtsurteil* begrifflich bestimmt. Wie kann aber die Rechtssatzqualität desjenigen Rechtssatzes festgestellt werden, der die Organqualität dem Organe verleiht? Auf der Stufenfolge der Rechtssätze muss man notwendig zu einem Rechtssatze gelangen, über welchem es keinen höheren Rechtssatz mehr gibt, dessen *Organbezogenheit* also juristisch nicht mehr konstatiert werden kann. Es ist also nicht wahr, das jedes Rechtsurteil auf positivrechtliche Organkoordinaten bezogen ist, denn der Erzeuger des primären Rechts kann nicht positivrechtlich qualifiziertes Rechtsorgan sein. Das Sandersche Kriterium der Organqualität — die notwendige *Organbezogenheit* aller Rechtsurteile — kann nicht aufrecht erhalten werden. Die juristische Betrachtung kann die Rechtsorganfunktion erst *auf Grund* des primären Rechts ergreifen, die *Organbezogenheit* des primären Rechtssatzes übersteigt die Grenzen der juristischen Betrachtung, bedeutet eine Organbeziehung zum primären Rechtserzeuger. Die *Organbezogenheit* des primären Rechts ist eine *soziologische* Relation, die keine *positivrechtliche Determination* hat. Sander will ja den Begriff des positiven Rechts gerade durch diese Organbezogenheit bestimmen. Das Ergebnis der „wechselseitigen Immanenz“ ist also, dass weder die Definition des Rechts, noch die des Staatsorgans gelingt. Sander scheitert mit seiner Organtheorie auf demselben Punkte, wo er die juristische Betrachtung durch die „immanente“ Bestimmung des Rechtsbegriffs überspannt.

¹⁴ Dr. Adolf Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. 1923. Vgl. Moór: A jogerő problémája és a jogrendszer lépcsőzetes tagozódásának teóriája. (Ungarisch) Magyar Jogi Szemle V. Jahrg. No. II. 1924. Siehe auch: Alfred Verdross: Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung. 1923. S. 81—82. und dazu: Moór: A nemzetközi alkotmány, a nemzetközi jog és az állami szuverenitás problémája. (Ungarisch) Magyar Jogi Szemle V. Jahrg. No. IV—V. 1924.

Subjekts wegfällt und lediglich als Tatbestand der Rechts-erzeugung in Betracht kommt. Die Subjektivität des Rechtsorgans kann seitens der juristischen Betrachtung nur als *Rechtspersönlichkeit* erfasst werden, aber diese Rechtspersönlichkeit des Rechtsorgans ist keineswegs der adaequate Ausdruck seiner Rechtsorganssubjektivität.

Die möglichen Funktionen der Person im Rechtssinne beschränken sich auf die Ausübung von Rechten, Erfüllung von Pflichten und das Begehen von Rechtsverletzungen. Es ist nun möglich und sogar notwendig, dass das Rechtsorgan, indem es das sekundäre Recht erzeugt, dadurch auch sein subjektives Recht ausübt oder seine Pflicht erfüllt. Aber abgesehen davon, dass die Rechtsverletzung der Rechtsorganfunktion *nie prädi-kabel* ist, erschöpft die Rechtsausübung und Pflichterfüllung den Sinn der Organfunktion keineswegs.

Subjektives Recht und Kompetenz bedeuten beide „die Möglichkeit der Erzeugung von Rechtswirkungen durch erlaubte Handlungen.“¹⁵ Aber die *Rechtswirkungen*, deren Erzeugungsmöglichkeit das *subjektive Recht* bedeutet, sind auf den ruhenden Beziehungspunkt der *Person* bezogene, auf das Rechtssubjekt reflektierte Rechtswirkungen; die *Rechtswirkungen* hingegen, deren Erzeugungsmöglichkeit die *Kompetenz* bedeutet, sind auf das objektive Recht selbst bezogene, innerhalb des objektiven Rechtes sich abspielende Rechtsveränderungen. Der Unterschied des rein objektiven und des inter-personalen Rechtsbegriffs ist es, die in der Verschiedenheit der Bedeutung des subjektiven Rechts und der Kompetenz erscheint.

Derselbe Unterschied offenbart sich in der Bedeutungs-differenz der Begriffe „Vollmacht“ und „Delegation“. Die Vollmacht setzt mindestens zwei Personen im Rechtssinne voraus, den Vertreter und den Vertretenen, erzeugt immer ein Rechtsverhältnis unter Personen. Dagegen ist die Delegation eine Ermächtigung des Rechtsorgans seitens des primären Rechts-erzeugers zur Erzeugung sekundären Rechts. Da der primäre

¹⁵ So bestimmt Moór den Begriff des subjektiven Rechts. Bevezetés a jogfilozófiába. (Ungarisch) 1923. S. 208. Vgl. meine Rezension in der Zeitschrift für öffentliches Recht Bd. IV., Heft 5—6. 1925. S. 644—649.

Rechtserzeuger nicht Person im Rechtssinne sein kann, die Rechtsorgansubjektivität aber nicht als Rechtspersönlichkeit zu erfassen ist, kommt die Delegation für die juristische Betrachtung keineswegs als ein interpersonaler, sondern als ein rein objektiver Rechtsbegriff in Betracht. Sowohl der Vertreter, als auch der Vertretene fallen für die juristische Betrachtung im Falle der Delegation einfach weg. Die Delegation schafft also nicht zwischen Personen, sondern zwischen Teilen des objektiven Rechts ein Verhältnis.

Für die soziologisch feststellbaren *Handlungen* der Ausübung von Rechten, Erfüllung und Verletzung von Rechtspflichten gibt es eine adaequate juristische Darstellung in den Funktionen der Person im Rechtssinne: der juristische, dem objektiven Rechte entgegenstehende, das Normsubjekt vertretende Beziehungspunkt der Rechte ausübenden, pflichterfüllenden und verletzenden menschlichen Handlungen, der juristische Subjekts-Abhub des Rechte ausübenden, Pflichten erfüllenden und verletzenden Menschen ist die Person im Rechtssinne. Solchen adaequaten Ausdruck der Handlungen der Rechtserzeugung, solchen den Normsetzer vertretenden subjektiven Beziehungspunkt der rechtserzeugenden menschlichen Handlungen, solchen juristischen Subjekts-Abhub des rechtserzeugenden Menschen würde man in der juristischen Begriffswelt vergeblich suchen.

Wohl gibt es aber einen juristischen Objekts-Abhub der rechtserzeugenden Handlungen in dem juristisch feststellbaren *Tatbestände* der Rechtsorganfunktion. Die offenbare Unmöglichkeit einen adaequaten juristischen Subjektsbegriff des Rechtsorgans zu finden, führt abermals zu der Frage, ob nicht auch die Sonderstellung der personalen Sphäre gegenüber der objektiven Rechtssphäre nur ein Schein ist? Ist die Person im Rechtssinne nicht auch in demselben Sinne, wie der juristische Rechtsorganbegriff, nur ein objektiver Tatbestands-Abhub der bezüglichen Handlungen? Wenn die Ermittlung des Inhalts der Rechtssätze die einzige Aufgabe der juristischen Betrachtung ist, müssen dann Rechtsorgan und Person nicht in demselben Sinne als *Norminhalt* aufgefasst werden? Wenn Rechtssubjek-

tivität und Tatbestand der Rechtsorganfunktion in gleicher Weise Norminhalte und nur das sind, wie lässt sich dann noch die Unterscheidung der rein objektiven und der personalen Rechtsbetrachtung aufrecht erhalten? Ist es nicht so, dass *nur* die Tatbestandsbetrachtung als *Rechtsinhaltsbetrachtung* eine juristische, und zwar eine rein objektive, ist, die personale und die auf die bloße *Rechtsform* des objektiven Rechts gerichtete Betrachtung aber als *metajuristische* Denkweisen zu bezeichnen sind?

Es kann nun zugegeben werden, dass das Ziel der Rechtswissenschaft die systematische Erkenntnis des Rechtsinhaltes ist. Wenn man aber bei dieser Selbstverständlichkeit nicht stehen bleibt, sondern die Frage stellt, auf welchem Wege die Rechtswissenschaft zu diesem Erkenntnisziel gelangen kann und welchen Sinn die Rechtsinhaltsfeststellung der Rechtswissenschaft hat, so gelangt man zu der Einsicht, dass einerseits die Feststellung der *Rechtsqualität* eine Voraussetzung der Feststellung des *Rechtsinhalts* ist und abgesehen von der die Voraussetzung der juristischen Betrachtung bildenden *Rechtsqualität* des *primären* Rechts, die Aufgabe der *juristischen* Erkenntnis bildet und dass andererseits nicht bloss die Feststellung des Rechtsinhalts für sich, sondern auch die Anwendung des Rechtssatzes auf wirkliche oder hypothetische „Fälle“, also die Feststellung des Rechtsinhaltes *in bezug* auf gewisse „Fälle“ eine besondere Aufgabe der juristischen Betrachtung und ein spezifisches methodisches Mittel der *systematischen* Erkenntnis des Rechtssatzinhaltes für sich ist.

Es ist auch richtig, dass die Rechtsorganfunktion, wie übrigens auch die personale Organfunktion für die juristische Erkenntnis vorerst nur als Tatbestand, als *Rechtsinhalt* in *Betracht* kommt. Aber wie verschieden ist gerade der juristische *Sinn* dieser Tatbestände, dieser Rechtsinhalte! Der Tatbestand der *Rechtsorganfunktion*, als Inhalt des *delegierenden* Rechtssatzes beschäftigt die juristische Betrachtung ausschliesslich zwecks Feststellung der *Rechtsqualität* des delegierten Rechtssatzes. Das Ergebnis der Rechtsorganfunktion, die Rechtsrelevanz des im *primären* Rechtssatze enthaltenen Rechtserzeugungstatbestandes ist

einzig und allein der objektive sekundäre Rechtssatz und dieser Rechtserzeugungstatbestand als *Rechtsinhalt* hat für die juristische Betrachtung ausschliesslich in bezug auf die Rechtsqualität des delegierten Rechtssatzes Bedeutung. Der Sinn des Tatbestandes der Rechtsorganfunktion, wie auch seine *Rechtsfolge* ist also ausschliesslich der *Ursprung sekundären Rechts*, also eine rein objektive, innerhalb der Teile des Rechts bestehende Relation. Der Tatbestand der personalen Organfunktion dagegen kommt keineswegs als der Ursprung objektiver, sondern subjektiver Rechtsverhältnisse in Betracht. Ergebnis und Rechtsrelevanz des Tatbestandes der personalen Organfunktion sind immer das Erwerben oder Ausüben von Rechten, Erfüllung oder Verletzung von Rechtspflichten oder genauer: subjektive Rechte und Pflichten. Subjektive Rechte und Pflichten sind aber nicht mehr *Tatbestände*, sondern tatbestands- und insbesondere personbezogene *Rechtsrelationen*. Die Erkenntnis dieser Relationen ist aber nicht weniger eine *juristische* Erkenntnis, als die Erkenntnis der *Rechtssatzqualität* sekundären Rechts. Rechte und Pflichten zu haben und objektives Rechts zu erzeugen, in der Subjektsbeziehung des *Ursprungs* und in der des *Hingeltens* zu stehen ist gewiss etwas Verschiedenes. Beide Situationen werden für die juristische Betrachtung vorerst zu Tatbeständen, Inhalten von Rechtssätzen. Der juristische Sinn des Tatbestandes aber ist im ersten Falle das personale Entgegenstehen des Rechts- und Pflichtsubjekts, im zweiten die Ursprungsrelation sekundären Rechts. Rechte und Pflichten sind aber ihrem Sinne nach ebensowenig blosse Tatbestände, als die *Rechtssatzqualität* sekundären Rechts. Vielmehr sind Rechte und Pflichten subjektsbezogene *Rechtsrelationen*, der Ursprung sekundären Rechts eine rein objektive *Rechtsrelation*. Die juristische Ausdeutung des Tatbestandes, des *Rechtsinhaltes* „Rechtsorganfunktion“ führt zum Ursprung sekundären *objektiven* Rechtes, zur Feststellung von *Rechtsqualität*, die des Tatbestandes, „personale Organfunktion“ zum Ursprung *subjektiver* Rechte und Pflichten, zur Feststellung von *personalen* Rechtsverhältnissen. Der juristische Sinn der Rechtsorganfunktion ist die *sekundäre Rechtsqualität*, der der personalen Organfunktion ist die dem

Rechte entgegenstehende *Rechtssubjektivität*. Die im Dienste der systematischen Erkenntnis des Rechtsinhalts stehende Feststellung dieser Rechtsrelationen aus dem Aufgabenkreis der juristischen Betrachtung auszuschliessen, bedeutete eine unbegründete Verengung der Perspektive der juristischen Erkenntnis.

Rechtsorganfunktion und personale Organfunktion stehen jedoch nicht beziehungslos nebeneinander da. Es lässt sich nämlich eine *notwendige* Prädikabilität der Rechtsorganfunktion und der *Personfunktion* und dementsprechend eine *mögliche* Prädikabilität der Rechtsorganfunktion und der personalen *Organfunktion* feststellen. Das bedeutet keine *Vermengung*, sondern eine wechselseitige *Zuordnung* von rein objektiven und personalen Rechtsbegriffen. Das Rechtsorgan ist nicht *als Rechtsorgan* Person, sondern einem jeden Rechtsorganbegriffe der rein objektiven Rechtsbetrachtung entspricht ein Personbegriff der subjektsbezogenen Rechtsbetrachtung. Die Person ist nicht *als Person* Rechtsorgan, sondern einem jeden Personbegriffe der subjektsbezogenen Rechtsbetrachtung entspricht ein Rechtsorganbegriff der rein objektiven Rechtsbetrachtung: dasselbe, was rein objektiv betrachtet ein Rechtsorgan ist, ist subjektsbezogen betrachtet eine Person und umgekehrt.

Da nun die Rechtsorganfunktion eindeutig mit der sekundären Rechtserzeugung zusammenfällt, die Personfunktion aber in die Funktionen der Rechtsausübung, Pflichterfüllung und Pflichtverletzung sich verzweigt, ist noch zu untersuchen, welche Personfunktionen der eindeutigen Rechtsorganfunktion und welchen Personfunktionen die Rechtsorganfunktion prädikabel ist. Die positivrechtliche Delegation bedeutet, subjektsbezogen betrachtet, immer auch ein *subjektives Recht* in dem Sinne, dass *gerade diese und nur diese menschlichen Handlungen* zur Erzeugung des delegierten Rechtssatzes unerlässlich, als sekundäres Recht alle anderen Personen verbindend sind. Der Rechtsorganfunktion ist also die Personfunktion der Rechtsausübung *notwendig* prädikabel.

Der Personfunktion der *Rechtsverletzung* ist nun offensichtlich keine Rechtsorganfunktion prädikabel. Die Rechtsverletzung kann niemals *legitime, sekundäre* Rechtserzeugung ergeben. Die *Pflichterfüllung* hat nur dann eine prädikable

Rechtsorganfunktion, wenn sie die Erfüllung einer *Rechtspflicht auf sekundäre Rechtserzeugung* ist. Der *Ausübung von Rechten* nun ist eine Rechtsorganfunktion notwendig prädikabel, da eine jede Rechtsausübung entweder eine *Konkretisierung* oder eine *zwangsweise Durchführung* des das subjektive Recht verleihenden Rechtssatzes zur Folge hat. Wer sein Recht ausübt, gerät *auch* in eine Ursprungsbeziehung zu dem auf Grund des das subjektive Recht verleihenden Rechtssatzes zu erzeugenden, also positivrechtlich delegierten *konkreten* Rechtssatzes und zu dessen *Zwangsverwirklichung*. Der Rechtssatz, dass das Darlehen zurückzuerstatten ist, verleiht A, dem Hingebenden, ein subjektives Recht gegenüber B, dem Empfänger. Dieser *abstrakte* Rechtssatz aber ist nicht identisch mit der *konkreten* Verbindlichkeit B-s, das Darlehen faktisch zurückzuerstatten. Die Erzeugung oder Nichterzeugung dieser *konkreten* Rechtsnorm hängt allein von der Ausübung oder Nichtausübung des subjektiven Rechts von A ab. Wenn A sein Recht nicht geltend macht, so ist der abstrakte Rechtssatz mit seiner Sanktion auf B einfach unanwendbar. Die Delegation zur Konkretisierung des abstrakten Rechtssatzes ist das Prädikat des subjektiven Rechts in der rein objektiven Rechtsbetrachtung.

Während also *jeder* Rechtsorganfunktion eine Personfunktion prädikabel ist, hat aus den Personfunktionen nur die Ausübung von Rechten *notwendig*, die Pflichterfüllung nur *ausnahmsweise*, die Pflichtverletzung aber *nie* eine prädikable Rechtsorganfunktion.

Dementsprechend hängt die Entscheidung der Frage, ob einer Rechtsorganfunktion eine personale *Organfunktion* prädikabel ist, einzig davon ab, ob die dem Rechtsorgan prädikable Person eine konstruierte oder eine nichtkonstruierte ist. Im ersten Falle ist die Prädikabilität notwendig, im zweiten ausgeschlossen. Umgekehrt ist eine Rechtsorganfunktion jeder in einer Ausübung von Rechten bestehenden personalen Organfunktion notwendig prädikabel, während der eine Pflichterfüllung bedeutenden personalen Organfunktion nur ausnahmsweise, der eine Pflichtverletzung bedeutenden aber nie eine Rechtsorganfunktion entspricht.

Die Staatsorgantheorie setzt nicht nur die Begriffe des Rechts, des Rechtsorgans, der Person im Rechtssinne und des rechtspersonalen Organs, sondern als eine *spezielle* Organtheorie auch den Begriff des *Staates* voraus. Der Begriff des Staates hat aber so viele Bedeutungen, dass die Richtigkeit einer jeden den Staatsbegriff voraussetzenden Theorie in hohem Maasse davon abhängt, *welcher* Staatsbegriff es ist, auf den sie gestützt wird?

Hier soll von der Auffassung ausgegangen werden, dass „der Staat durch die Einheit irgendeiner Rechtsordnung konstituiert wird“, dass „der Rechtsbegriff das logische Prius, der Staatsbegriff das Posterius ist“, dass „*die Gültigkeit und das tatsächliche Befolgtwerden eines bestimmten Normsystems* dazu notwendig ist, dass von einem Staate gesprochen werden könne“, dass „der Staat eine entwickelte Gestalt der menschlichen Gesellschaft ist“: „*diejenige Gruppe der durch die Einheit einer entwickelteren Rechtsordnung in eine Einheit gefassten zusammenwirkenden menschlichen Handlungen, die aus der Zusammenvirkung von Rechtserzeugern und Rechtsanwendern hervorgeht.*“¹⁶

Der so bestimmte Staatsbegriff ist ein *rechtsphilosophischer*, des Näheren ein *rechtssoziologischer*, denn er begreift den Staat als ein durch das faktisch befolgte Recht konstituiertes soziales Gebilde, als eine *Folge* des Rechts, ja sogar gerade als eine *Wirkung* des tatsächlichen Befolgtwerdens, als Ursache. Welche Entwickeltheit und Einheit einer Rechtsordnung dazu notwendig ist, dass die dadurch in eine Einheit gefasste Gesellschaft *schon* oder *noch* als Staat betrachtet werden könne, das ist eine Frage der Anwendbarkeit soziologischer, politischer, philosophischer oder historischer Staatskategorien, welche letzteren also der rechtsphilosophische Staatsbegriff umspannt und in diesem Sinne gerade auf sie, als seine Bestandteile, gestützt ist. Die Grundforderung, die auf Grund dieses *totalen Staatsbegriffes* gegenüber allen anderen Staatskategorien erhoben werden kann, besteht darin, dass *die Konstitution des Staates*

¹⁶ Julius Moór: Bevezetés a jogfilozófiába (Ungarisch) 1923. S. 218—220.

durch die Einheit der Rechtsordnung von aller Staatswissenschaft anerkannt werden muss. Da die in der Einheit des positiven Rechts begründete Konstitution des Staates die gemeinsame Voraussetzung aller Staatswissenschaften ist, kann der totale Staatsbegriff als die *universale staatsphilosophische Staatskategorie* betrachtet werden.

Die Völkerrechtswissenschaft kennt wohl diesen universalen, staatsphilosophischen, totalen Staatsbegriff, es kann also keine Rede davon sein, dass der positivrechtliche Staatsbegriff gegenüber anderen Staatsbegriffen vielleicht „eng“ sein könnte. Im Völkerrecht gelangen sämtliche soziologische, politische, philosophische und historische Staatskategorien zur Rechtsrelevanz.

Die spezifische *Staatsrechtswissenschaft*¹⁷ jedoch, die um die staatsrechtliche Persönlichkeit, Pflichten und Rechte des Staates weiss, begreift den totalen Staatsbegriff keineswegs. Es kann bewiesen werden, dass der *totale* Staatsbegriff und der Begriff der *staatsrechtlichen* Staatsperson kontradiktorische Begriffe sind, dass die *staatsrechtliche* Staatsperson eine positivrechtliche Staatskategorie von ganz anderer Bedeutung ist, als die Kategorie des totalen Staates.

Der totale Staat begreift nämlich offenbar auch die rechts-^{Recht}erzeugende Macht in sich. Die Rechtsmacht, als eine reale soziologische Kraft, ist der durch die Einheit des positiven Rechts konstituierten Gesellschaft: dem Staate *immanent*. Der Rechtserzeuger gibt das Recht dem totalen Staate *nicht von aussen*, sondern zwingt es als eine in dieser totalen Staatsgesellschaft *von innen wirkende* reale Macht jenem *Ganzen* auf, dessen *Teil* auch er selbst ist. Man denkt im Sinne des totalen Staatsbegriffs nicht auf jenen *partialen, fragmentären Staat*, der von der Staatsgesellschaft übrig bliebe wenn man von ihr die Rechtsmacht, als logisches Prius von Staat und Recht, abstrahierte. Wenn aber auf solche Weise die logische Priorität in reale Transzendenz umgedeutet wird, so muss sowohl das

¹⁷ Unter *Staatsrecht* soll hier nicht ein bestimmter Teil des öffentlichen gegenüber dem privaten usw. Recht, sondern diejenige Rechtsordnung, deren Einheit den Staat konstituiert, in ihrer Gänze, also das *staatliche* gegenüber dem *überstaatlichen* Rechte verstanden werden.

Recht, als auch der Rechtserzeuger als gegenüber dem Staate transzendent, weil ein logisches Prius, aufgefasst werden und kann unter Staat nur derjenige Teil der durch die Einheit des Rechts konstituierten Gesellschaft verstanden werden, welcher nach der Abstraktion der Rechtserzeuger noch übrig bleibt. Bei solcher Deutung ist der Staat lediglich die Gesellschaft der Gehorchenden und der das Recht Anwendenden und die Gruppe der Rechtserzeuger wesentlich ausserstaatlich. Bei solcher Deutung gehen in die Bedeutung des Staatsbegriffs lediglich die rechtsanwendenden, aber keineswegs die rechtserzeugenden Funktionen ein: der Staat ist so nur die Gruppe der rechtsanwendenden und gehorchenden, aber nicht der rechtserzeugenden menschlichen Handlungen. Dieser *fragmentäre* Staatsbegriff umspannt die soziologischen, politischen, philosophischen und historischen Staatskategorien selbstverständlich nicht mehr, da die letzteren weit davon entfernt sind, das lebendige, natürliche Ganze des Staates mit künstlicher Begriffskonstruktion in die zwei Gesellschaften der Rechtserzeuger und der Rechtsanwender zu zergliedern und dann gerade die gesellschaft der Rechtsanwender gegenüber derjenigen der Rechtserzeuger als Staat zu begreifen, da ja gerade die letztere in ihrer Aktivität am meisten dasjenige vertritt, was diese Disziplinen das eigentümliche soziologische, politische und historische *Leben* des Staates nennen.

Gute Dienste kann aber dieser *fragmentäre* Staatsbegriff der Erkenntnis der spezifischen *staatsrechtlichen* Staatsperson leisten. Wenn man nämlich den *totalen* Staatsbegriff mit dem Begriffe der *staatsrechtlichen* Staatsperson vergleicht, wird der zwischen beiden bestehende logische Widerspruch sofort offenbar, wenn bedacht wird, dass das Recht wesentlich eine *heteronome Norm* ist. Sowohl das *Setzen*, als auch das *zungsweise Durchführen* der Rechte und Pflichten ist gegenüber der Person im Rechtssinne eine wesentlich heteronome Funktion. Die *Ursprungsbeziehung* und die *Hingeltungsbeziehung* des Rechts haben wesentlich *entgegengesetzte Richtungen*: das ist der Sinn der Heteronomie des Rechts.

Gegenüber dem totalen Staate aber, der auch den Rechtserzeuger wesentlich in sich begreift, welchem der Rechtserzeug-

ger wesentlich immanent ist, *kann die Rechtsnorm nicht heteronom sein*. Wenn das Recht auf den totalen Staat adressiert wäre, so wären seine Forderungen nicht gegen ein von dem Rechts-erzeuger verschiedenes, sondern gegen ein auch den Rechts-erzeuger in sich begreifendes Subjekt gerichtet. Es hörte auf eine *heteronome* Norm zu sein und wäre zu einer *autonomen* Norm geworden. Da es aber in diesem Falle aufhörte Recht zu sein, gelangt man zu dem Ergebnisse, dass eine *staatsrechtliche* Rechtspflicht und ein *staatsrechtliches* subjektives Recht des totalen Staates ex definitione ausgeschlossen sind, dass also *der totale Staat auf der Ebene staatlichen Rechtes*, auf Grund des staatlichen Rechtes wohl in einem ethischen oder konventionellen, *aber nie im exakten rechtstechnischen Sinne Pflichten oder Rechte haben kann*. Und da nun Subjekt von Rechtspflichten und subjektiven Rechten sein zu können das alleinige Kriterium der Person im Rechtssinne ist — dies aber seitens des totalen Staates auf der Ebene staatlichen Rechtes ex definitione ausgeschlossen ist —, so kann festgestellt werden, dass *die staatsrechtliche Persönlichkeit des totalen Staates ein ex definitione ausgeschlossener, also widerspruchsvoller Begriff ist*.

Der totale Staatsbegriff ist also keine staatsrechtliche, sondern eine staatsphilosophische (soziologische, politische, historische) und eine völkerrechtliche Staatskategorie. Da das den totalen von dem fragmentären Staate scharf unterscheidende Hauptkriterium die *Immanenz des primären Rechts-erzeugers* ist, bedeutet der totale Staatsbegriff von der Ebene des Staatsrechts aus betrachtet eigentlich nichts anderes, als ein Symbol des in die Konstruktion der staatsrechtlichen Staatsperson uneinfügbaren primären staatsrechtlichen Rechts-erzeugers.

Dieser totale Staatsbegriff tritt uns in dem *Kelsenschen* Begriffe des mit der totalen Rechtsordnung identischen Staates in normativer Umdeutung entgegen. Der *Kelsensche* Staatsbegriff ist aber noch weiter, als der totale Staatsbegriff. Denn das *überstaatliche* Recht und der *rechtsidentische* Staat schliessen einander offensichtlich aus, da Staat nur die *totale* Rechtsordnung genannt wird. Der totale Staatsbegriff schliesst dagegen das überstaatliche Recht keineswegs aus, da ja nicht

eine jede Rechtsgemeinschaft, sondern nur eine über einen gewissen Grad der rechtlichen Organisation hinaus fortgeschrittene Gesellschaft unter den totalen Staatsbegriff fällt. Der wesentliche Unterschied zwischen dem *Kelsenschen rechtsidentischen* und dem hier angenommenen *totalen* Staatsbegriffe besteht aber darin, dass während — wie dargelegt — die staatsrechtliche Persönlichkeit des totalen Staates ausgeschlossen ist, *Kelsen* dem rechtsidentischen Staate Rechtspersönlichkeit zuschreibt. Will man feststellen, ob *Kelsen* in diesem Punkte, wenigstens von seinem eigenen Standpunkte aus, Recht hat, so muss man bedenken, dass für eine jede nicht-naturrechtliche, also positive Rechtsbetrachtung über jeden Zweifel erhaben feststeht, dass *Rechtspersönlichkeit einzig und allein von dem positiven Rechte verliehen werden kann*. Was bedeutet nun dieser Grundsatz des Positivismus, wenn im Sinne der Auffassung *Kelsens* unter Person das objektive Recht, unter Personqualität die Rechtsqualität verstanden werden muss? Dass die Rechtsqualität dem Rechte (= die Personqualität der Person) einzig und allein vom positiven Rechte verliehen werden kann. Es kann also auch in diesem Sinne von mit dem Rechte identischen Personen insoweit konsequent gesprochen werden, bis nur ein höherer positiver Rechtssatz aufzeigbar ist, welcher dem fraglichen Rechte Rechtsqualität (= der Person Personqualität) verleiht. Dieser höhere positive Rechtssatz ist aber gerade bei der totalen Rechtsordnung begrifflich ausgeschlossen. Woher leitet denn *Kelsen* die Rechtsqualität der totalen Rechtsordnung ab? Aus der *Grundnorm*, als der *Verfassung im rechtslogischen Sinne*. Diese Norm aber — wie *Kelsen* ausdrücklich und richtig betont — ist selbst nicht *gesetzt*, sondern lediglich von der Rechtserkenntnis *vorausgesetzt*: sie ist eine bloße rechtstheoretische Hypothese. Die Rechtsqualität der totalen Rechtsordnung wird also auch nach *Kelsen* keineswegs von positivem Rechte verliehen, sondern von einer in ihrer Normnatur von dem positiven Rechte grundverschiedenen logischen Hypothese. Während also die Teilrechtsordnungen (Personen) ihre Rechtsqualität (Persönlichkeit) *von dem positiven Rechte* (der totalen Rechtsordnung) erhalten; erhält die totale Rechtsordnung (die rechtsidentische Staatsperson) ihre Rechts-

qualität (Persönlichkeit) *nicht von dem positiven Rechte*, sondern von einem in seiner Struktur von dem positiven Rechte grundverschiedenen logischen Grundsatz. Dass der Ursprung der Rechtspersönlichkeit in einer rechtstheoretischen Hypothese und nicht in dem positiven Rechte liege, das ist ein Postulat, das mit dem universalen Rechtspositivismus in schroffem Gegensatze steht. Der Positivismus kann zwar nicht umhin, den Ursprung des *primären Rechtes* ausserhalb des Rechts zu setzen; aber er kann gewiss davon absehen, die *Rechtspersönlichkeit* von ausserrechtlichem Ursprunge abzuleiten. Da aber die Persönlichkeit der Teilordnungen eine aus dem *positiven Rechte* abgeleitete, die Persönlichkeit des rechtsidentischen Staates dagegen eine aus einem *logischen Prinzipie* abgeleitete Persönlichkeit ist, so ist hieraus offensichtlich, dass der rechtsidentische Staat nicht in demselben Sinne, wie die übrigen Personen, eine Person sein kann, dass die positivrechtliche Persönlichkeit *des rechtsidentischen* Staates ebenso begrifflich ausgeschlossen ist, wie diejenige des *totalen* Staates.

Die Unmöglichkeit einer *autonomen Heteronomie*, die logische Ausgeschlossenheit des gegenüber dem totalen Staate heteronomen Staatsrechtes ist es, das die staatsrechtliche Persönlichkeit sowohl des *totalen*, als auch des *rechtsidentischen* Staates im letzten Grunde ausschliesst. Warum kann der *totale* Staat keine staatsrechtliche Persönlichkeit haben? Weil der im totalen Staate immanente Rechtserzeuger den ihn selbst symbolisierenden totalen Staat nicht auf heteronome Weise verpflichten und berechtigen kann. Warum kann der *rechtsidentische* Staat keine Rechtspersönlichkeit haben? Weil es keinen positiven Rechtssatz gibt, der der totalen Rechtsordnung Rechtsqualität (= Persönlichkeit) verleihen könnte. In der totalen Rechtsordnung ist die rechtslogische Grundnorm ebenso *immanent*, wie im totalen Staate der Rechtserzeuger. Die rechtslogische Grundnorm ist eine normlogische Abstraktion und ein Symbol des Rechtserzeugers. Die rechtslogische Grundnorm und der Rechtserzeuger sind gleich unfähig, *über* der totalen Rechtsordnung stehende, dem totalen Staate gegenüber *heteronome* positive staatsrechtliche Normen zu setzen. Diese unbedingte *Unfähigkeit* der Grundnorm oder des Rechtserzeu-

gers zur Erzeugung des *über* dem totalen Rechte stehenden, dem totalen Staate gegenüber *heteronomen* objektiven positiven Staatsrechts schliesst die staatsrechtliche Persönlichkeit des rechtsidentischen oder totalen Staates von vornherein aus.

Die soziologische Realität des *fragmentären* Staates ist es also, die in die Konstruktion der staatsrechtlichen Staatsperson in gleicher Weise *hineingeht*, aber auch von der Ganzheit ihrer soziologischen Bedeutung ebensoviel *verliert*, wie alle anderen zu Rechtsperson konstruierten soziologischen Realitäten. Die staatsrechtliche Staatsperson steht den anderen staatsrechtlichen Personen koordiniert gegenüber und bedeutet für die Rechtstheorie, ebenso wie jene, einen (konstruierten) Zurechnungspunkt und eine zugeordnete Handlungsfähigkeit. Diese fragmentäre Struktur des soziologischen Substrats der staatsrechtlichen Staatsperson wird besonders offensichtlich, wenn die Rechtsmacht durch auch äusserlich erkennbare Weltanschauungs-, Rassen-, Religions- oder gesellschaftliche Gegensätze von dem sog. Staatsapparate getrennt ihm *gegenüber* seine *Pflichten* erzwingt (das ist die Geste der *Revolution*) oder wenn umgekehrt eine den Schutz des schwach gewordenen bestehenden Staatsapparates sich zum Ziel setzende junge und frische soziale Macht siegreich durchbricht und ihre jugendliche Kraft der Erzwingung der subjektiven *Rechte* des Staates widmet (das ist die Geste der *Gegenrevolution* [Fascismus]).

Sobald nun anerkannt wird, dass auch ein überstaatliches Recht möglich ist, gelangt man zu einem von dem staatsrechtlichen verschiedenen, spezifisch völkerrechtlichen (überstaatsrechtlichen) Staatsbegriffe. Auf dieselbe Weise, wie die soziologische Realität des *fragmentären* Staates in die staatsrechtliche, geht die soziologische Realität des *totalen* Staates in die Konstruktion der völkerrechtlichen Staatsperson ein. Das überstaatliche Recht ist nämlich auch gegenüber dem *totalen* Staate heteronom, der Erzeuger des überstaatlichen Rechtes steht begrifflich ausserhalb des totalen Staates, das überstaatliche Recht kann also auch dem totalen Staate gegenüber Rechtspflichten und subjektive Rechte statuieren. Das überstaatliche Recht konstruiert den totalen Staat zu einer Person im Rechtssinne.

Während die staatsrechtlichen Pflichten oder Rechte des Staates niemals Pflichten oder Rechte des *Erzeugers* des Staatsrechtes bedeuten, betreffen die völkerrechtlichen Rechte und Pflichten die einzelnen Staaten gerade als „Mächte“. Von der Ebene des Staatsrechtes aus betrachtet kann das primäre Staatsrecht niemals Personfunktion, also Pflicht oder subjektives Recht sein; aus der Perspektive der überstaatlichen Rechtsbetrachtung bedeutet hingegen die Erzeugung des Staatsrechtes *auch* eine Personfunktion des völkerrechtlichen Staates. Die völkerrechtliche Staatsperson kann verpflichtet oder berechtigt sein zu der Rechtserzeugung, die auf der Ebene des Staatsrechtes allein als eine mit keiner Personfunktion vergleichbare Rechtsentstehung aufgefasst werden kann. Für die staatsrechtliche Betrachtung ist es unvorstellbar, dass das primäre Staatsrecht als Pflichterfüllung, Rechtsausübung oder Rechtsverletzung einer Personfunktion prädikabel sei; für die völkerrechtliche Betrachtung hingegen ist infolge der notwendigen Prädikabilität von Rechtsorganfunktion und Personfunktion, der Staatsrechtserzeugung immer eine Personfunktion des völkerrechtlichen Staates prädikabel, bedeutet die Staatsrechtserzeugung auch die Ausübung eines subjektiven Rechtes, eventuell die Erfüllung einer Rechtspflicht der völkerrechtlichen Staatsperson. Das Verhalten des primären Staatsrechtserzeugers kann sogar, völkerrechtlich betrachtet, geradezu eine der Staatsperson zurechenbare Rechtsverletzung bedeuten, was für die Staatsrechtsbetrachtung von vornherein ausgeschlossen ist und infolgedessen selbstverständlich die Prädikabilität von Rechtsorganfunktion und Personfunktion aufhört, da in solchem Falle nur von der Rechtsverletzung, als Personfunktion, aber nicht mehr von einer Völkerrechtsorganfunktion gesprochen werden kann. Das ist ganz selbstverständlich, wenn bedacht wird, dass der primäre Staatsrechtserzeuger für die Staatsrechtsbetrachtung weder Person, noch Rechtsorgan ist, für die Völkerrechtsbetrachtung aber im Begriffe der völkerrechtlichen Staatsperson als *Person* und ausserdem noch auch als *Rechtsorgan* in Betracht kommt.

Das Auseinanderfallen des totalen und fragmentären Personbegriffs kann nicht nur an der Staatsperson, sondern an

allen Personen im Rechtssinne beobachtet werden. Es bedeutet nichts anderes, als dass die Bedeutung des der Person prädikablen Rechtsorgans von der Persönlichkeit der Person nicht vollständig aufgesogen wird. Die aus der der Person prädikablen Rechtsorganfunktion sich ergebende Rechtsnorm kann die dem Rechtsorgan prädikable Person nicht total ergreifen. Die von dem der Person prädikablen Rechtsorgan erzeugte Rechtsnorm kann die Person immer nur kraft der heteronomen Gültigkeit des *über* der Person stehenden Rechtes auf totale Art verpflichten oder berechtigen. Sobald das *über* der Person stehende Recht entzogen wird, hört die Person auf dieselbe totale Person zu sein, weil das dieser totalen Person prädikable Recht nicht mehr der totalen, sondern nur der fragmentären Person gegenüber heteronom sein kann. Wie das der totalen Person prädikable Rechtsorgan mit der Ausschaltung des über der Person stehenden Rechtes aufhört Rechtsorgan im positivrechtlichen, juristischen Sinne zu sein — da es keine positivrechtliche Delegation mehr haben kann — und so zu primärem Rechtserzeuger wird, so verliert damit gleichzeitig auch die totale (weil auch den primären Rechtserzeuger in sich begreifende) Person ihre positivrechtliche Persönlichkeit. Dass die Entziehung des über der Person stehenden Rechtes die Rechtsorganfunktion und die Personfunktion der totalen Person notwendig zerreißt und die erste in den *Ursprung des primären Rechtes*, die zweite in *eine neue* — dem neuen primären Rechte entsprechende, der alten gegenüber *fragmentäre* — *Personfunktion* verwandelt, bezeugt die wesentliche Verschiedenheit der Bedeutungsrichtungen von Person und Rechtsorgan.

Diese radikale Trennung des totalen und fragmentären Staatsbegriffs findet aber nur dann statt, wenn man die Person erst von der Ebene des über ihr stehenden Rechtes aus, als *totale* Person betrachtet, dann aber das überpersönliche Recht in Gedanken ausschaltet und so notwendig zu der Umsetzung der Rechtsorganfunktion in *primäre Rechtserzeugung* und der Personfunktion in eine *fragmentäre* Person, gelangt. Die totale und die fragmentäre Staatsperson sind auch nur dann zu unterscheiden, wenn man erstens die Staatsperson als eine von dem überstaatlichen Rechte konstruierte *totale* Persönlichkeit be-

trachtet, dann aber das überstaatliche Recht in Gedanken ausschaltet und so die Völkerrechtsorganfunktion der totalen Staatsperson in das primäre Staatsrecht, ihre völkerrechtliche Persönlichkeit aber in die staatsrechtliche Staatsperson umsetzt. Wenn es *primäres Staatsrecht* gibt, so gibt es nur eine *fragmentäre Staatsperson*; wenn es aber ein *überstaatliches Recht* gibt, so ist der positivrechtliche Staatsbegriff eindeutig identisch mit dem Begriffe der völkerrechtlichen *totalen* Staatsperson. Es ist keineswegs so, als ob es in demselben Rechtssystem nebeneinander totale *und* fragmentäre Personbegriffe gäbe: totale *oder* fragmentäre Persönlichkeit ist in bezug auf jedes Rechtssystem und in bezug auf jede Person nur als eine *Alternative* denkbar. Entweder gibt es ein über der totalen Person stehendes Recht und dann gibt es die totale Person. Oder es gibt kein über der totalen Person stehendes Recht und dann gibt es auch keine totale, sondern nur eine fragmentäre Person. Eine jede Person ist nur kraft des über ihr stehenden Rechtes Person im Rechtssinne: die Legitimation der Person ist in dem überpersönlichen Rechte. Die *Einheit* des Rechtssystems verbürgt die *Identität* der Person.

Die abstraktive Isolation des der Person prädikablen Rechts spielt im Falle der Staatsperson eine besondere Rolle. Die Erkenntnis, dass das überstaatliche Recht in seiner begrifflichen Struktur und Positivität nicht weniger, als das Staatsrecht, ein Recht ist, verbreitet sich nur langsam. Bis diese Wahrheit nicht ohne Vorbehalt anerkannt wird, bis dahin ist die Spekulation immer geneigt zur abstraktiven Isolation des Staatsrechtes gegenüber dem Völkerrechte und steht vor der Alternative der totalen und fragmentären Staatsperson. Die Identität der Staatsperson setzt aber eine eindeutige Stellungnahme zur Frage des „Primats“ des Staatsrechtes oder des Völkerrechtes voraus. Wenn das Staatsrecht das primäre Recht ist, dann ist für die positive Rechtswissenschaft nur die fragmentäre Staatsperson gegeben. Wenn es aber ein primäres Völkerrecht, also ein überstaatliches Recht gibt, dann konstituiert dieses überstaatliche Recht den totalen Staat zu einer Person im Rechtssinne. Die totale völkerrechtliche Staatsperson ist es, das das Staatsrecht nur fragmentär ergreifen kann, aber

wenn Völkerrecht und Staatsrecht ein einheitliches System bilden, so kann die fragmentäre Staatsperson nur die Spiegelung der totalen völkerrechtlichen Staatsperson auf der Ebene des aus dem Ganzen, des Rechtssystems künstlich herausgerissenen Staatsrechtes bedeuten. Die übrigen totalen Personen spiegeln sich ja auch nur fragmentär, wenn sie auf der aus dem Ganzen des Rechtssystems herausgegriffenen Ebene des der Person prädikablen Rechtes aufgefangen werden. Wenn es ein überstaatliches positives Völkerrecht gibt, dann ist die Staatsperson ebenso eine totale Person, wie die übrigen Personen unter der Geltung des überpersönlichen Rechtes und erscheint ebenso, wie diese, auf der Ebene des mit ihr prädikablen Rechtes nur als eine fragmentäre Person, wenn man diese Ebene für sich — von dem überstaatlichen Rechte abstrahierend — betrachtet. Die Zweiheit der totalen und fragmentären Staatsperson ist eine Zweiheit der totalen und der isolierenden staatsrechtlichen Rechtsbetrachtung. Die Einheit der Rechtsordnung ermöglicht die Identität der völkerrechtlichen totalen und der staatsrechtlichen fragmentären Staatsperson.

Will man nun das Staatsorgan, als *Rechtsorgan*¹⁸ von den anderen positivrechtlichen Rechtsorganen unterscheiden, so bedarf man zu diesem Zwecke bloss des soziologischen Staatsbegriffes. Ist das soziologische Kriterium des Staates eine *Rechtsordnung*, deren *Einheit* den Staat konstituiert, so ist *das Staatsorgan dasjenige Rechtsorgan, das von der den Staat konstituierenden Rechtsordnung, also vom Staatsrechte delegiert wird oder das zur Erzeugung der den Staat konstituie-*

¹⁸ Ein *Rechtsorgan* zu sein bedeutet — wie bemerkt — eine Organschaft in bezug auf die *Organfunktion*; wogegen die *personale* Organqualität eine Organschaft in bezug auf den *Organismus* bedeutet. Die Funktion, in bezug auf welche das Rechtsorgan ein Organ ist, ist die *Entstehung objektiven Rechtes*. Da die Entstehung objektiven Rechtes allenfalls ein in Raum und Zeit sich abspielendes Ereignis ist, ist die Rechtsorganfunktion vor allem unzweifelhaft eine *soziologische Funktion*. Unter *soziologischer* Rechtsorganfunktion kann der Ursprung *primären* Rechtes, unter *positivrechtlicher* Rechtsorganfunktion der Ursprung *sekundären* Rechtes verstanden werden. Das positivrechtliche Rechtsorgan ist also kein starrer Gegensatz zum soziologischen. Es ist selbst ein soziologisches, aber ein positivrechtlich determiniertes soziologisches Rechtsorgan.

renden Rechtsordnung, also des Staatsrechtes, von dem positiven (überstaatlichen) Rechte delegiert wird.

Der Begriff des Staatsorgans, als eines *personalen* Organs, muss dagegen auf den positivrechtlichen *Staatsperson*begriff gestützt werden. Da unter Personorgan dasjenige einheitliche Rechtssubjekt zu verstehen ist, dessen Handlungsfähigkeit zu einem positivrechtlich konstruierten Zurechnungspunkte positivrechtlich zugeordnet ist, ist *das personale Staatsorgan dasjenige einheitliche Rechtssubjekt, dessen Handlungsfähigkeit zu dem konstruierten Zurechnungspunkte der positivrechtlichen Staatsperson positivrechtlich zugeordnet ist.*

Auf der Ebene des Staatsrechtes — oder *primäres* Staatsrecht vorausgesetzt: überhaupt — muss also *dasjenige Personorgan als Staatsorgan betrachtet werden, dessen Handlungsfähigkeit zu dem konstruierten Zurechnungspunkte der staatsrechtlichen fragmentären Staatsperson staatsrechtlich zugeordnet ist.*

Betrachtet man die einheitliche Rechtsordnung von der Ebene des Völkerrechtes aus, so muss man *unter Staatsorgan dasjenige Personorgan verstehen, das zu dem konstruierten Zurechnungspunkte der völkerrechtlichen totalen Staatsperson positivrechtlich zugeordnet ist.*

Überlickt man die so sich ergebenden vier Bestimmungen, so erscheint der *Begriff des zur Staatsrechtserzeugung delegierten Rechtsorgans* mit Rücksicht auf den Fall, dass es kein überstaatliches Recht gibt, *zu weit*. Der *Begriff des vom Staatsrechte delegierten Rechtsorgans* ist ebenfalls *zu weit*, weil er im Falle primären Staatsrechtes den Unterschied von Staatsorgan und Rechtsorgan aufhebt, den Unterschied zwischen Staatsorgan und Untertan verwischt. Der *Begriff des Personorgans des totalen Staates* ist nur im Falle überstaatlichen Rechtes anwendbar. Der *Begriff des Personorgans des fragmentären Staates* ergibt endlich einen vollkommen prägnanten Staatsorganbegriff mitsamt dem ihm prädicablen Rechtsorganbegriffe: dieser einheitliche Staatsorganbegriff entspricht den Ansprüchen der Theorie und Praxis vollkommen, nur erscheint er gegenüber dem Begriffe des völkerrechtlichen Staatsorgans, als Personorgans und des Staatsorgans, als Rechts-

organs, überhaupt, als zu eng. Die „Scharfkantigkeit“ des Staatsorganbegriffes muss unleugbar um den Preis einer gewissen *Verengung*, seine *grössere logische Kapazität* dagegen um den Preis einer gewissen *Verschommenheit* erkaufte werden. Die Theorie kann *einheitliche* Staatsorganbegriffe aufstellen, indem sie mit Rücksicht auf die Prädikabilität der Rechtsorganfunktion und Personfunktion die personalen und die Rechtsorganbegriffe des Staatsorgans aufeinander bezieht. So ergeben sich dann einheitliche Staatsorganbegriffe im weiteren und engeren Sinne. Ein qualitativer Unterschied zwischen den verschwommeneren weiteren und den schärferen engeren Staatsorganbegriffen kann von theoretischem Gesichtspunkte aus nicht gemacht werden. Die Auszeichnung eines dieser Begriffe mit dem Epitheton des Staatsorgans im *eigentlichsten* Sinne kann dann erst aus gewissen rein praktischen Wertgesichtspunkten erfolgen. Die Begriffe des Staatsorgans im weiteren und engeren Sinne sind nicht kontradiktorische Begriffe. Ihre Relation kann durch zwei Kreise dargestellt werden, von denen der kleinere in den grösseren eingezeichnet ist: Das Staatsorgan im engeren Sinne ist nur ein besonders qualifiziertes Staatsorgan im weiteren Sinne.

Staatsorganfunktion ist diejenige Rechtsorganfunktion im juristischen Sinne, der die Personfunktion der Staatsperson prädikabel ist und die Funktion des Personorgans der Staatsperson.

Staatsorganfunktion im engeren Sinne ist diejenige Rechtsorganfunktion, die der Personfunktion der staatsrechtlichen fragmentären Staatsperson prädikabel ist und die Funktion des Personorgans der staatsrechtlichen fragmentären Staatsperson.

Staatsorganfunktion im eigentlichsten Sinne ist die der Personfunktion der fragmentären staatsrechtlichen Staatsperson prädikable Rechtsorganfunktion.

Der *einheitliche* Staatsorganbegriff ist also der Begriff des der Staatsperson prädikablen Rechtsorgans und des Personorgans der Staatsperson.

Staatsorgan im *engeren* Sinne ist das der staatsrechtlichen fragmentären Staatsperson prädikable Rechtsorgan und das Personorgan der staatsrechtlichen fragmentären Staatsperson.

Staatsorgan im *eigentlichsten* Sinne ist das der fragmentären staatsrechtlichen Staatsperson prädikable Rechtsorgan.

Wenn man beispielshalber die Organfunktion einer konstituierenden Nationalversammlung, eines Staatssekretärs, eines Universitätsprofessors und eines staatlichen ornithologischen Institutes mit den gegebenen Begriffsbestimmungen vergleicht, so springt es in die Augen, dass die Organfunktion der konstituierenden Nationalversammlung unter den *weiteren*, die des Universitätsprofessors und des ornithologischen Institutes unter den *engeren* und die des Staatssekretärs unter den Begriff der Staatsorganfunktion im *eigentlichsten Sinne* fällt. Der Professor und das Institut sind — wenigstens dem Wesen ihrer Wirksamkeit nach — keine Rechtsorgane, sondern nur Personorgane; denn ihre Funktion ist eine *Pflichterfüllung*, welcher keine prädikable Rechtsorganfunktion entspricht. Der Staatssekretär hingegen ist im Wesentlichen zur *Rechtserzeugung* (Setzung und Vollziehung), und zwar staatsrechtlich delegiert, er ist also Staatsorgan im eigentlichsten Sinne. Aufgabe einer ausgeführten, besonderen Lehre von den Staatsorganen wäre die Anwendung der gewonnenen Begriffsbestimmungen auf die praktischen Gestaltungen der Organfunktion. Die Theorie selbst kulminiert aber in der Definition; mit der richtigen Definition hat die Staatsorganfunktion aufgehört ein theoretisches Problem zu sein.

Wirft man einen Blick auf die *Grenzen der Staatsorganfunktion*, so begegnet man vorerst dem Probleme der unrichtigen Organfunktion, des sog. *fehlerhaften Staatsaktes*¹⁹. Bedenkt man aber, dass rechtlich relevant immer nur die *Gültigkeit* oder *Ungültigkeit* eines Staatsaktes ist, während die Fehlerhaftigkeit eines Staatsaktes seine Gültigkeit schon voraussetzt, also *Fehlerfreiheit* und *Fehlerhaftigkeit* nur logisch relevante Unterschiede an den *gültigen* Akten sind, so wird offensichtlich, dass

¹⁹ Siehe: W. Jelinek: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, 1908., Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910., Kelsen: Über Staatsunrecht, Grünhuts Zeitschrift 1913. und Allgemeine Staatslehre 1925. 277. ff., Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft, 1923. 280. ff., v. Hippel: Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts. 1924.

der fehlerhafte Staatsakt im Kunstsinne noch innerhalb der Grenzen der Staatsorganfunktion liegt.

Wenn man unter fehlerhaftem Staatsakte im Kunstsinne den von der Fehlerklausel (*Merkel*) gedeckten und betreffs der übrigen Aktvoraussetzungen mangelhaften Akt versteht, dann wird es klar, dass die Fehlerlosigkeit oder Fehlerhaftigkeit eines Aktes eigentlich bloss logisch bedeutsame Eigenschaften sind, während die Rechtsrelevanz des fehlerfreien und fehlerhaften Aktes dieselbe ist. Man kann in den Relationen der Pflichten und Rechte gar keine Veränderung darnach feststellen, dass der Akt fehlerfrei oder fehlerhaft ist. Was geschieht, ist eine Modifikation nicht der *Rechtsfolgen*, sondern der *Rechtsvoraussetzungen*. Zweck dieser Modifikation ist gerade, dass die Rechtsfolgen die gleichen bleiben können. In der Struktur der Rechtslage besteht der logische Unterschied, dass der fehlerfreie Akt *auf anderem Rechtsgrunde* — auf Grund der positivrechtlich geregelten sämtlichen Voraussetzungen des Aktes — *dieselbe* Rechtsfolge hat, wie der fehlerhafte Akt (wo der Rechtsgrund der Rechtsfolge allein die Fehlerklausel ist). Der fehlerhafte Akt kann als ein auf der Fehlerklausel ruhender fehlerfreier Akt bezeichnet werden. Der Sinn des fehlerfreien und fehlerhaften Aktes wird am schärfsten getrennt, wenn man sie als auf Grund der *allgemeinen Aktvoraussetzungen* und auf Grund *der Fehlerklausel fehlerfreie* Akte einander gegenüberstellt. Die Fehlerlosigkeit auf Grund der Fehlerklausel ist nämlich offenbar *logisch* eine Fehlerhaftigkeit und *juristisch* eine Fehlerlosigkeit (Gültigkeit). Der Unterschied der Akte besteht also darin, dass der fehlerhafte *einzig* auf Grund der Fehlerklausel, der fehlerfreie aber *ausserdem noch* auf Grund der sämtlichen übrigen Aktvoraussetzungen ein gültiger Akt ist. Die Fehlerklausel deckt nämlich auch den fehlerfreien Akt. Die Ausgeschlossenheit des Rechtsmittels z. B. besteht ebenso hinsichtlich des fehlerfreien, wie hinsichtlich des fehlerhaften Urteils, nur ist sie *einzig* Rechtsgrund des fehlerhaften und nur *einer* des fehlerfreien. Die Fehlerklausel ist betreffs des fehlerfreien Aktes ebenso ein *Superfluum*, wie hinsichtlich des fehlerhaften alle übrigen Aktvoraussetzungen. Mit Rücksicht auf den fehlerhaften Akt sind alle Aktvoraussetzungen ausser

der Fehlerklausel *überflüssig*; mit Rücksicht auf den fehlerfreien Akt ist die Fehlerklausel *überflüssig*. Betrachtet man den fehlerhaften Akt in sich, ohne Rücksicht auf den fehlerfreien, so ist seine Fehlerhaftigkeit tatsächlich nur eine scheinbare: die Fehlerklausel *tritt an die Stelle* der übrigen Aktvoraussetzungen und verleiht dem fehlerhaften Akte volle Gültigkeit. Der fehlerhafte Akt ist also, auch logisch betrachtet, lediglich relativ, *in bezug auf den fehlerfreien Akt* fehlerhaft. Umgekehrt ist auch der fehlerfreie Akt für sich genommen einfach nur ein *gültiger Akt* und nur relativ, in bezug auf den fehlerhaften Akt, fehlerlos. Fehlerfreier und fehlerhafter Akt sind also zwei *rechtlich gleicherweise gültige Akte* deren logischer Unterschied korrelativ als Fehlerlosigkeit und Fehlerhaftigkeit erscheint, und welche einander gegenüber durch einen Überfluss der Aktvoraussetzungen ausgezeichnet sind.

In einem weiteren Sinne jedoch ist zweifellos auch die die Grenzen der Delegation übertretende Staatsorganfunktion eine *fehlerhafte*. Sie hat aber auch, als solche, *keine Rechtsgültigkeit*. Ihre Fehlerhaftigkeit wird sozusagen von ihrer Ungültigkeit aufgesogen. Die nichtige Staatsorganfunktion liegt also ausserhalb der Grenzen der Staatsorganfunktion. Während Fehlerhaftigkeit und Fehlerlosigkeit im Kunstsinne den relativen Unterschied zweier gleichermassen gültigen Akte bedeuten, ist der Unterschied des fehlerfreien gültigen und des fehlerhaften ungültigen Aktes der absolute Unterschied eines Aktes und eines Nicht-Aktes. Wenn der relativ fehlerhafte Akt dem relativ fehlerfreien gegenüber durch ein von dem Rechtsgrundüberflusse, von der Fehlerklausel gedecktes *Minus* der Aktvoraussetzungen ausgezeichnet ist, so zeichnet den absolut fehlerhaften Akt gegenüber dem gültigen (also sowohl dem im Kunstsinne fehlerfreien, als auch dem im Kunstsinne fehlerhaften) *Akte ein unersetzbarer Mangel der Aktvoraussetzungen* aus.

Die relativ fehlerhafte Staatsorganfunktion ist notwendig eine *Staatsorganfunktion*, die absolut fehlerhafte ist notwendig *keine Staatsorganfunktion* mehr. Daraus folgt aber noch nicht, dass sie auch kein Recht sei, sondern nur, dass sie kein rechtlich determiniertes, kein sekundäres, kein legitimes Recht ist. Nicht das Recht, sondern nur das *legitim entstandene*, das

rechtlich determinierte, das sekundäre Recht fällt mit dem *rechtlich delegierten Rechte*, der *Rechtsorganfunktion* im juristischen Sinne zusammen. Das Recht in seiner Ganzheit aber ist nicht nur kein notwendig legitim entstandenes Recht, sondern im Gegenteil infolge der Unmöglichkeit des *regressus in infinitum* ein in seiner Totalität notwendig illegitim entstandenes Recht. Der Begriff des rechtlich determinierten, des legitim entstandenen, rechtlich delegierten, sekundären Rechtes setzt den Begriff des illegitim entstandenen, des rechtlich nicht delegierten, primären Rechtes geradezu voraus; der Begriff der Rechtsorganfunktion im juristischen Sinne setzt den Begriff der Rechtsorganfunktion im soziologischen Sinne geradezu voraus.

Wenn man also feststellt, dass die ihre Delegation übertretende Staatsorganfunktion entweder eine rechtlich ganz irrelevante Handlung oder primäre Rechtserzeugung ist, dann tritt man aus der Optik der juristischen Organbetrachtung in die Optik der soziologischen Rechtsorganbetrachtung über. Wenn man seinen Blick auch von der Optik der soziologischen (rechtsphilosophischen) Rechtsorganbetrachtung befreit, dann kann von einer Staatsorganfunktion, von einer Rechtsorganfunktion in keinem präzisen Sinne mehr gesprochen werden. Aber von dem Endpunkte des aus den verschiedenen Optiken hinausführenden Weges zurückblickend kann man die Gesamtheit der Staatsorganfunktionen in einem klaren Bilde zusammengefasst überschauen. An der Grenze der soziologischen (rechtsphilosophischen) Rechtsorganfunktion — der primären Rechtserzeugung — ist man tatsächlich an die Grenze des objektiven Rechtes gelangt. Die positivrechtliche Rechtsorganfunktion ist das sekundäre, die soziologische Rechtsorganfunktion das primäre Recht. Die Rechtsorganfunktion ist also das objektive Recht selbst.

Rechtsorganfunktion und personale Organfunktion sind letzten Endes beide *menschliche Handlungen*. Aber diese menschlichen Handlungen kommen für die Rechtsorganbetrachtung ausschliesslich als der *Ursprung des objektiven Rechtes*, für die personale Organbetrachtung einzig als Ausübung von Rechten, Erfüllung von Pflichten oder Unrecht, also als der

Ursprung personbezogener Rechtswirkungen in Betracht. Unter der Optik einer allgemein ethischen Betrachtung erscheinen sämtliche Organfunktionen notwendig als Handlungen. Aus den menschlichen Handlungen sind *Rechtsorganfunktionen* diejenigen, welche die soziologische (rechtsphilosophische) Rechtsbetrachtung als den *Ursprung des primären Rechtes* oder welche die juristische Rechtsbetrachtung als den *Ursprung des sekundären Rechtes*, *Personfunktionen* aber diejenigen, welche die juristische Betrachtung als den *Ursprung personbezogener Rechtswirkungen* erkennt. Staatsorganfunktionen sind diejenigen Rechtsorganfunktionen, welche die soziologische oder die juristische Betrachtung als den Ursprung des staatlichen Rechtes und welche die juristische Betrachtung als den Ursprung der auf die Staatsperson bezogenen Rechtswirkungen erkennt. Aus dem Kreise dieser Staatsorganfunktionen *im weitesten Sinne* scheiden für die juristische Staatsorganbetrachtung die Rechtsorganfunktionen im juristischen Sinne und sämtliche personale Organfunktionen als Staatsorganfunktionen *im weiteren Sinne*; die Personfunktionen der staatsrechtlichen Staatsperson und die diesen prädikablen Rechtsorganfunktionen als Staatsorganfunktionen *im engeren Sinne* und endlich die der staatsrechtlichen Staatsperson prädikablen Rechtsorganfunktionen als Staatsorganfunktionen *im eigentlichsten Sinne* aus.



A leánynegyed.

(Quartalitium.)

Irla : Dr. KELEMEN LÁSZLÓ.

BEVEZETÉS.

A leányok különleges helyzete a középkori államokban általában.

I. Az ember úgy időben, mint fizikai és szellemi fejlődésében bizonyára nem csekély utat tett meg, amíg a jog és az igazság eszméje gondolatvilágában megjelent. Kétségtől volt tehát egy kor, amelyben az emberi önérvényesítésnek nem voltak társadalmi, hanem csak fizikai korlátai, az ember akarata, amennyiben annak természetes erejével és a rendelkezésére állott primitív eszközökkel érvényt tudott szerezni, annyiban feltétlenül és korlátlanul érvényesült. *Ez volt az egyéni autokrácia, az erősebb jogának a kora*, amely — amennyiben arra egy késői kor vissza tud következtetni — hihetőleg a legalsóbb pontja volt az emberiség fejlődéstörténetének.

Ez az autokrácia a külvilág minden tárgya felett érvényesült, ami az emberre nézve becses és elérhető volt, tehát kellő fizikai erő esetében más ember felett is. És minthogy a fizikai erőviszonyokat már a természet sem osztotta meg egyenlően a férfi és a nő között, az életmód pedig, nevezetesen az a körülmény, hogy fegyverekkel inkább csak a férfi birt és élt, még további eltolódásokat eredményezett a férfi javára, a nőnek szükségszerűleg szolgáló helyzetbe kellett vele szem-

ben kerülnie. Az elejtett vad és az elrabolt leány e korban egyformán szabad zsákmánya volt annak, aki urrá tudott lenni felette.

Eként látszik természetes úton megmagyarázhatónak az az általános jogtörténeti jelenség, hogy a művelődés legalsóbb fokán a nő általában minden népnél teljesen jogtalan. Felette különböző formában, de mindig korlátlan hatalom érvényesül, mely személyiségét is teljesen abszorbeálja. A nő legrégebbi jogállása szerint épúgy dolog (res), mint a rab-szolgá, vagy a házi állat.

II. A műveltség fejlődésével a nő kiemelkedik ugyan a teljes jogtalanságból és a személyállapotot már az ókorban eléri, de magánjogilag egyenlő nem lesz a férfival még a közép, sőt az ujkorban sem. Pedig a lovagkor tiszteletben magasan fölé emeli a férfinak, ideállá teszi, mely előtt fejedelmek térdet hajtanak. A férfi és a női jog, vagy amint okleveleink mondják, *a fiú és a leányág jogának egyenlőtlensége (Unaequalitas juris)* mégis szabály marad az egész középkorban. Ennek az oka ugyanis nem a nő lebecsülésében, vagy más valaminő elvont felfogásban, hanem a középkori állam sajátos szervezésében rejlett.

A kezdő középkor államai tiszta terménygazdálkodáson épültek fel, bizonyos tekintetben tehát az ókor klasszikus államaival szemben, amelyekben az övékéhez képest virágzó pénzgazdaság volt, tagadhatatlan visszaesést mutatnak. A középkori állam mindazt, amire szüksége van, természetben követeli lakóitól (így a vitézeknek saját költségükön kell magukat felszerelniök és táborba szállniok), s hogy azok a kívánt szolgáltatásokat teljesíthessék, földjéből földet ad nekik, vagyis szintén természetben látja őket el. *Az állam ingatlan vagyona tehát akkor is, amikor az egyénnek engedtetik át, nem az egyén, hanem az állam érdekeit szolgálja*, s eként nyilvánvaló, hogy *a földbirtok a középkorban nem volt a római jog dominiumának megfelelő, korlátlan rendelkezési jogot biztosító egyéni tulajdonba, hanem csak hűbérbe adható, hogy a használatért járó ellenérték az állam számára a fenntartásához szükséges szolgáltatásokat lakói részéről állandóan és folytonosan biztosítsa.* Minthogy pedig e szolgáltatások túlnyomórészt katonai természetűek voltak,

s azok viszont kizárólag a férfiágra neheztedek, a nőágnak az ingatlanok feletti jogoktól szükségszerűleg el kellett esnie.¹⁾

Hogy a XI. századbéli magyar királyságnak szintén ilyen volt a szervezete, azt bizonyítják Szent István törvényei, amelyek csaknem tiszta terménygazdálkodást tükröztenek vissza. Ezek a dekretumok mindössze három esetben²⁾ állapítanak meg pénzbüntetést, amelyeknek az összege azonban szintén tinókhöz viszonylik,³⁾ egyébként minden pénzbírságot tinókban szabnak ki.⁴⁾ A közszolgáltatások céljaira nem pénzadót vetnek ki, hanem természetbeni szolgáltatásokat rónak a lakosokra. Így a templomépítés céljaira⁵⁾ minden tíz község két házat, két cselédet, két lovat,⁶⁾ hat ökröt, két tehenet és 34 aprójószágot adott, míg a ruhákról, papi öltözetekről és oltártakarókról a püspök gondoskodott. Csaknem tiszta terménygazdálkodásra mutat a kor legáltalánosabb közszolgáltatása: a tized (decima),⁷⁾ mely a későbbi századokban hozzájárult egyéb természetbeni szolgáltatásokkal, a földesúri kilenceddel (nona),⁸⁾ a kereskedők által fizetendő harmincadokkal, a robottal, stb., úgyszólván 1848-ig megőrizte államháztartásunknak erősen terménygazdasági jellegét.

Figyelembevée ezenkívül azt a tényt, hogy a magyar államra, exponált földrajzi fekvésénél fogva,⁹⁾ a katonai szol-

1) Tacitus Germaniáról azt írja ugyan, hogy „Haeredes successorumque sui cuique liberi“ (Germ. XX. fej.), de hogy ez az ingatlanokra nem vonatkozott, oly értelemben legalább is nem, hogy egyéni tulajdonjogot eredményezett volna, az kiténik Tacitusnak egy másik feljegyzéséből, amely szerint „Privati et separati agri apud eos nihil est.“ (U. o.)

2) Szent István II. k. 13., 16. és 43. cím.

3) Egy arany pensa (30 dénár) egyenlő volt egy tinóval. Pauler: Magyarország. tört. az Árpád-házi királyok alatt.

4) Szent István: II. 14., 15., 23., 25., 30., 33. fej. 3—4. §., II. 37., 39., 40.

5) U. o. II. 34. fej.

6) Az eredetiben „equo et iumento“.

7) Szent István: II. 52. fej.

8) Behozta N. Lajos 1351 évi dekr. 6. cikke.

9) Jellemző erre Palacky cseh történetírónak a következő kijelentése: „Die Invasion der Madjaren und ihre Festsetzung in Ungarn ist eines der folgenschwersten Ereignisse in der Geschichte Europas, sie ist das grösste Unglück, dass die Slavenwelt im Ablauf der Jahrtausende betroffen hat“ Palacky: Geschichte v. Böhmen. I. 195. l.

gálat kellő és folytonos teljesítésének biztosítása talán még nagyobb jelentőséggel bírt, mint a középkori államokra általában, arra pedig a terménygazdaság korában más anyagi alap, mint a földbirtok, hazánkban sem kínálkozott, nemcsak érthetőnek, de történelmileg indokoltnak is kell találnunk, hogy a Szent István-féle jogszervezetben az ingatlanok felett a leányág a fiággal egyenlő jogokat nem kaphatott.

A két ág jogainak különbözősége leginkább az örökösödés terén jelentkezett, amelyet Szent István II. dekretuma szabályozott. Az említett dekretum univerzális jogot alkotott, mert habár mikor a szabad magyarságnak, az u. n. királyi népnek, az egyéni tulajdont megadta azokon a fekvő jószágokon is, amelyekkel épen bírt,¹⁰⁾ az adott jogot nem írta körül részletesen és nem határozta meg kimerítően annak tartalmát, tényleg a birtokjogot tárgyilag egységgé tette.¹¹⁾ A dekretum a tulajdonjog tartalmát illetőleg ugyanis nem tesz különbséget tekintetben, hogy az ingatlan a régi nemzetiségi szállásokból, vagy adomány útján a királyi jog alá esett területekből eredt, ami bizonyára egyik legtöbb oka is volt annak, hogy a szállásbirtokok igen rövid idő alatt teljesen beolvadtak az adománybirtokokba.¹²⁾ Amíg tehát a pénzen szerzett vagyis a vett birtok a jogéletben meg nem jelenik, az egyéni tulajdonban álló ingatlanok között jogi különbséget nem találunk.¹³⁾

Szent István törvénye *a leányágnak törvényes örökjogot egyáltalában nem adott*. „Kiki ura legyen tulajdonának, szinte úgy a király adományainak is, amíg él (I. §.) és halála után *fiái* hasonló urasággal bírják örökségüket.” (II. k. 35. fej.)¹⁴⁾

¹⁰⁾ Szent István: II. 35. fej.

¹¹⁾ Ezt az idézett dekretum következő szavaiból véljük kiolvashatónak: „Consensus igitur . . . ut unusquisque dominetur propriorum *similiter* et bonorum regis”. (Az admonti codexben simul et.)

¹²⁾ A szövegben mondottakat támogatja az az 1271-ből fennmaradt adománylevél, mely az adománybirtokot aként adja, mintha az a nemzetiségi szállásokból eredt volna (ac si descensualis fuisset). ld. Hajnik: Magyar Alkotmány és Jogi történet I. k.

¹³⁾ A várföldekre nézve a dekretum nem adott egyéni tulajdont. Azok immobilitására nézve I. Erek: A magyar helyhatósági önkormányzat I. k.

¹⁴⁾ „ac si post eius vitam filii *simulo* domino succedant”.

Hasonlóképp kirekesztette a leányágot a törvényes öröklésből Kálmán I. dekretumának 20. fejezete a Szent István utódai által adományozott birtokokra nézve, kimondván, hogy az apáról *fiúra* szálljon, s ha fiú nincs, következzen a fítestvér (germanus), akinek holtá után az örökségből annak fiait sem kell kirekeszteni (1. §.), de ha ily testvér nincs, szálljon a birtok a királyra (2. §.).¹⁵⁾

Bár Szent István II. d. 5. fej. értelmében végintézkedés alapján a leányok már ebben a korban is örökölhettek, arra nézve a két dekretum semmi kétséget sem hagy fenn, hogy törvényes örökjoguk akkor még nem volt.¹⁶⁾ Kérdés azonban, hogy a törvényes öröklésnek illetően való szabályozása mint viszonylott a korábbi, vagyis a törzsi jogállapothoz, változatlanul fentartotta-e azt, vagy pedig abban élt jogoktól fosztotta meg a leányokat?

III. A nemzetiségi szervezet korából oly kevés adat maradt reánk, hogy a nő törzsi jogállását egészben teljességgel lehetetlen rekonstruálni. Azt azonban mindezek dacára kétségtelennek tarthatjuk, hogy a *nemzetségi szállásokban a nők nem részesedhetett*, ingatlan javakkal tehát nem bírhatott. A szállások ugyanis — és pedig még akkor is, amikor az egyéni tulajdon körvonalai a tényleges fejlődésben már jelentkezni kezdtek, — a nemzetség tulajdonául tekintettek, a nemzetség pedig birtokközösségben élt, tagjai közül a szállásbirtokra nézve tulajdont tehát senki sem szerezhett és így ez a birtok öröklés alá sem a fiúk, sem a leányok között egyáltalában nem is eshetett.¹⁷⁾

A Szent István-féle jogi szervezet tehát — habár a törvényes öröklésre nézve a fiú- és leányág között egyenlőtlenséget teremtett — *jogtörténetünk mai állása szerint mégsem tekinthető az utóbbira nézve retrógrád jelenségének*, mert azzal

¹⁵⁾ „... 1. §. Possessio vero ab aliis regibus data, de patre descendat ad filium, qui se defuerit, succedat germanus, cuius filii etiam post mortem illius non exhaerentur. 2. §. Germanus autem praedictus si non inveniatur, regi haereditas deputetur“.

¹⁶⁾ L. erre nézve részletesen: Illés: Törv. öröklés rendje az Árpádok korában.

¹⁷⁾ Részletesen kifejti ezt Hajnik: I. m. I. k. 326. lap.

a joggal, amit első szent királyunk örökösödési törvénye megtagadott a leányoktól, nem birtak azelőtt sem. Az új jogi szervezet csak nem adott nekik annyi jogot, mint a fiúknak, de élvezett jogoktól nem fosztotta meg őket.

1. §. A leánynegyed fogalma és történeti korszakai.

I. A leányágnak az ingatlanokból való kirekesztése, mint láttuk, természetes velejárója volt a középkori állam sajátos szervezetének és a kor életviszonyai mellett jogilag is indokoltnak jelentkezett. A kizárás elve mindezek dacára feltétlenül és mereven e korban sem érvényesült. Ezt látjuk a nyugat-európai jogvidékeken is, ahol habár a katonai szolgálat a kisebb létveszély miatt csekélyebb jelentőséggel bírt, mint nálunk, a hűbériség erőteljesebb kifejlődése folytán mégis szorosabban kapcsolódott a földbirtokhoz, mint hazánkban az árpádkori királyi adományokhoz. És a germán törzsi jogok mégis enyhítették a kirekesztés szigorán, kezdetben talán csak a kiházasítási jog biztosításával, majd azáltal, hogy legalább magszakadás esetére bizonyos hányadrész erejéig megadták a leányoknak is az öröklési képességet, sőt akadt oly törzsi jog is, (a nyugati gót), mely az öröklés terén teljesen egyenlő elbánnásban részesítette a leányokat a fiúkkal.¹⁸⁾ A méltányosság-nak tehát érvényesülnie kellett csakhamar hazánkban is és a magyar jogfejlődésnek is kellett oly megoldást találni, mely az állam strukturájával szükségszerűleg együttjáró jogi szervezetet egyrészt és a magánjogi elvek követelményeit másrészt legalább bizonyos mértékben képes legyen összegyeztetni.

Ezt a megoldást a hazai jog a leánynegyed (Quarta filiarum, quarta puellaris, quartalium) intézményében találta meg, ami abban állott, hogy a fiú és a leányág közti egyenlőtlenség intézményes fenntartása mellett a rendes örökrész helyett, mintegy kárpótlásul, az atyai birtok negyed részét kapták a leányok.

¹⁸⁾ „Sorores cum fratribus in omni parentum facultate aequali divisione succedant“. Lex Wisigothorum. IV. k. 2. c.

II. A leánynegyed története három főkorszakra osztható.

1. Az *Árpádházi királyok korára*, illetve annak két utolsó századára, minthogy korábbi emlékünkhöz a negyedről nem maradt.
2. Az *Anjou- és a vegyesházbeli királyok korára*, melyet az Árpádház kihaltától (1301) Werbőczy Hármaskönyvének létrejöttéig (1515) számítunk. Ebben a korban megy végbe az a nagyjelentőségű magánjogi változás, amelyet az ősiség törvénybeiktatása jelentett és amely nem maradt hatás nélkül a leánynegyed jogintézményére sem.
3. A *Hármaskönyv korára*, mely általános szokás szerint nem a Tripartitum tényleges keletkezésétől, hanem a mohácsi vésztől (1526) szokott számíttatni. Minthogy a Hk. a törvénykezésben egész 1848-ig következetesen alkalmaztatott, ez a kor egészen 1848-ig terjed, amikor is az 1848:V. t.-c., majd az ősiségi nyílt parancs (10. §.), illetve az ideiglenes törvénykezési szabályok (I. R. 3. §.) az ősiséget és a vele évszázadokon át szorosan összefüggött leánynegyedet is megszüntette. Ebben a korban magának a negyednek a jogintézménye már alig változott s a fejlődés súlypontja nem erre a jogintézményre, hanem az egyenlő öröklésre esett, mely a negyedöröklést végül teljesen ki-szorította.

A következőkben ezt a hármas — az alkotmánytörténet korszakaitól némileg eltérő — felosztást fogjuk alkalmazni és pedig címenként külön-külön, minden egyes kérdést félbeszakítás nélkül vezetve végig a történelmi fejlődés egész vonalán. A statutórius anyag inkább az egyenlő és egyenlőtlen öröklés kérdését érinti és ezért azzal kapcsolatban fogjuk feldolgozni.

2. §. A leánynegyed keletkezése.

Mielőtt a leánynegyed jogintézményének részletes tárgyalását megkezdénők, annak keletkezéséről kell néhány szót szólnunk. Két kérdés az, amely itt különösebb jelentőséggel bír, 1. a keletkezés időpontja, 2. hogy eredeti magyar jogintézmény-e a negyed vagy sem.

- I. A legrégebbi utalás a leánynegyedre az aranybulla 4.

pontjának bevezető részében történik,¹⁹⁾ a korábbi időből reávonatkozó okleveles emléküink nem maradt. Ennek dacára is kétségtelen azonban, hogy ezt a jogintézményt nem az aranybulla teremttette meg, *mert az. régebbi eredetű.*

Az erre vonatkozó érvek öt csoportba oszthatók:

1. A történelem az aranybullát nem belső (jogalkotó), hanem külső (jogmegismerő) forrásnak tekinti, *mert ez a nagy-jelentőségű kir. dekretum nem adott új jogokat, csak összeírta és biztosította a tényleg érvényben és gyakorlatban volt. szokásjogot.* Ahol ez a szokásjog ingadozó volt, ott talán eloszlatta a kétséget és bizonyosságot teremtett, ezt meghaladó jogalkotó tevékenységet azonban nem végzett semmi esetre sem. *A leánynegyed jogintézményének tehát a szokásjogban már akkor élnie kellett,* különben az aranybulla nem említhetné és nem rendelkezhetné felőle.

2. Ha feltételeznők, hogy az aranybulla 4. pontja teremttette meg a negyedet, annak alapján oly jogintézményt kellene konstruálnunk, mely a szokásjog leánynegyedével nem lenne azonos, ennek forrása tehát ez a törvényhely nem lehet. Az aranybulla 4. pontja azt tartalmazza ugyanis, hogyha valamely nemes fiúörökös nélkül hal el, birtoka negyedrészt leánya öröklő, a többi pedig szabad végrendelkezés alá esik. Ha tehát a leánynegyed jogintézménye ezen a ponton alapulna, úgy minden kétséget kizárólag azt kellene jogszabály gyanánt felállítanunk, hogy a negyedre a leányok csak az esetben tarthatnak igényt, ha fiúörökös nincsen. Hazai jogunk szerint pedig, mint azt irodalmunkban először *Illés József* mutatta ki,²⁰⁾ a negyed akkor is járt a leányoknak, ha *az elhunyt atya hagyott hátra maga után fiúörököst.*

Állításunk igazolására néhány okleveles példa elegendő:

1231-ben, tehát ugyanabban az évben, amelyben II. Endre az aranybullát újból kiadta, az esztergomi káptalan előtt *Louk felesége, Beata*, ennek testvére, *Wechlou*, valamint Beata első

¹⁹⁾ E rész a következő: „Si quis serviens sine filio (az 1231:XI. t.-c.-ben sine herede) decesserit, quartam partem possessionis filia obtineat, de residuo, sicut ipse voluerit, disponat”.

²⁰⁾ Illés: I. m.

férje, *Predovvoy* fivérének gyermekei, Videkus, Wechlou és Mikou között barátságos egyesség (amica compositio) jött létre, amelynek értelmében a *Predovvoy* fivérek Beata hozománya, s első férjétől, vagyis *Predovvoytól* származó leányának negyede fejében (in dotem suam . . . et super quartā parte filiae suae a *Predovvoy* progenitae) 150 hold földet adtak Beatának. (. . . fratres *Predovvoy* dederunt dictae mulieri centum quinquaginta iugera terrae.²¹⁾ 1244-ben pedig a tatárjárásban meghalt *Dénes Potacha fia* hátrahagyott birtoka iránt egyezkednek a felek hasonló értelemben. A bizonyáglevélben, melyet a vasvári káptalan az egyességről kiállított, olvassuk, hogy az örökhagyónak fiúunokái maradtak,²²⁾ akiket a király *Balduinus comes* gyámságára bízott (. . . tuendum nepotum a Domino Rege acceperat), s velük szemben az elhunyt *Dénes* veje, *Isou*, feleségének negyedjogát, *Dénes* nejének testvére, *János*, pedig nővére hozományának és jegyajándékának restitúálását igényelte. Az egyesség azután olyként jött létre, hogy az öröklésre hivatott fiúunokák *Isounak* és anyósának hozományi, jegyajándéki és az örökség negyedére való igényük kielégítése céljából (pro Quarta hereditatis) átadták örök birtoklásra (perpetuo possidendo) *Dénes* oloskai földjének harmadát.²³⁾ Mindkét esetben az történik tehát, hogy az örökhagyó leánya egyességleg negyedrészt kap az örökségből, — utóbbi esetben egyenes ágon leszármazó — fiúörökösöktől, és pedig oly időben, mely egészen közel áll az 1222:IV., illetve az 1231:XI. t.-c.-hez, miáltal mindkét egyesség szembeszökőleg arra mutat, hogy a *leányok negyedjoga az idézett törvény-cikkek korában is nemcsak az ott érintett esetre szorítkozott, és így forrását máshol kell keresni.*

Hogy pedig ez a két egyesség nem a fiúörökösöknek a leányok iránti előzékenységén, hanem az ország valóságos jogszokásán alapult, az kitűnik abból, hogy későbbi okleveles emlékeink között számos hasonló rendelkezésre bukkanunk. 1255-ben a pécsi káptalan előtt *Pous comes leánya Lucia* vallja

²¹⁾ Az okiratot közli Fejér: Codex Dipl. Hung. III/2. 490. 1.

²²⁾ Chepanus, Dyonisius, Ladislaus, Paulus, Lorandus et Nicolaus.

²³⁾ Wenzel: Árpádkori Uj Okmánytár VII. 183. 1.

be, hogy fivére 11 ezüst márkával negyedére nézve kielégítette (*confessa est a nobili viro . . . filio condam Pouse Comititis ibidem presentī super quarta ejusdem domine Lucie undecim marcis de argento iam receptis plenāre fuisse satisfactum;*²⁴⁾ 1258-ból pedig reánk maradt az első bírói ítélet,²⁵⁾ melyben maga a király (IV. Béla) állapítja meg fivérrel szemben a leányok negyedjogát. *Corrardus comes* beperelte ugyanis a király előtt nővéreit, *Poth leányait IIsua* és *Bochochu* nevű birtokok iránt, és a király *perpetuum silenciumot* parancsolt a fivérnek, miután kiderült, hogy a megjelölt birtokokat a leányok negyedük fejében kapták.²⁶⁾ A fivér szolgáltatja a negyedet *Philippus comes* nővéreinek a pécsi káptalan előtt 1259-ben,²⁷⁾ *Chakani Balzsam asszonynak Omódé* győri püspök,²⁸⁾ *Gyula mester leányának* az erdélyi fehérvári káptalan előtt (mindkettő 1265-ben),²⁹⁾ a *Zolnuk* nemzetségbeli *Erzsébet* asszonynak és férjének, Péternek, a váci káptalan előtt 1276-ban,³⁰⁾ és még számos más esetben, amint azt okleveles anyagunk világosan tanúsítja.³¹⁾

3. A leánynegyed kiszolgáltatását tanúsító, vagy jogszerűségét megállapító oklevelek nem az aranybullára, hanem az ország régi szokására, majd néhány esetben a természetjogra hivatkoznak. Különös fontossággal bír erre nézve IV. Béla királynak 1239-ből származó egyik oklevele, melyben *Szathmár fia Miklós* végrendelkezési kiváltságát erősítette meg és amely egyúttal a legrégebbi reánk maradt bírói ítélet is a leánynegyed tárgyában. A király ugyanis akkor, amikor ezt a privilégiumot, melyet még II. András adott, megerősítette, egyben eldöntötte

²⁴⁾ U. o. VII. 412. l.

²⁵⁾ Iv. Bélának van egy korábbi, 1239-ből származó, ítélete is a leánynegyed tárgyában, mely először tesz különbséget a negyed szempontjából az ősi és a szerzett javak között. L. alább.

²⁶⁾ „ . . . Quia nobis in figura iudicij ex relatione utriusque partis patuit, dictas possessiones eidem dominabus pro quarta esse assignatas, eidem C. (Corrardus) perpetuum silencium super hoc duximus sententialiter imponendum“. — Wenzel: VII. 487. l.

²⁷⁾ Fejér: IV/2. 518. l.

²⁸⁾ Wenzel: VIII. 132. l.

²⁹⁾ Wenzel: VIII. 133. l.

³⁰⁾ Wenzel: IX. 165. l.

³¹⁾ A vonatkozó okleveleket kimerítően idézi Illés: I. m. 36. old.

bíróilag a hagyaték tárgyát képező ingatlanra nézve támasztott negyedigényt is. Az oklevél ezen része a felperesi kérelmet aként ismerteti, hogy az örökhagyó veje nejjének leánynegyedét az ország szokására hivatkozva követelte a hagyatékból.³²⁾ Ez pedig különösen feltűnő azért, mert itt az aranybulla 4. pontjában érintett eset forgott fenn, miután az örökhagyónak *nem volt fiúörököse*, amint azt az oklevél bevezető sorai tanúsítják.³³⁾ Figyelemmel arra a nagy szerepre, melyet IV. Béla még mint ifjabb király az aranybulla kivívása körül játszott, alig lenne feltételezhető, hogyha a negyedjog oly jogintézmény lett volna, melyet a korábbi szokásjog nem ismert és az aranybulla teremtetett volna meg, e nagyjelentőségű, szinte *alaptörvény jelleggel bíró dekretum helyett ítélete egy épen ott említett esetről is általában csak a szokásra hivatkozhatnak*.

Ugyanez a jelenség ismétlődik a pécsváradi apátságnak egy 1274-ből származó végrendeletében, amelyben egy István nevű magtalan egyén bizonyos öröklött birtokot a budai Szűz-Mária monostornak hagyományoz, kiemeli azonban, hogyha nővére túlélné őt, a hagyományozott föld negyede (vagy értéke), az ország szokása szerint, őt fogja illetni.³⁴⁾ Úgy ez, mint az előbbi eset csak aként látszik megmagyarázhatónak, hogy

³²⁾ „... Hoc itaque Stephanus, gener dicti Nicolai coram nobis convenit, requirens... ratione uxoris suae filiae Nicolai quartam partem iuxta regni nostri consuetudinem de omnibus supradictis possessionibus“. Fejér: IV/1. 146. l.

³³⁾ „... ad notitiam universorum volumus pervenire, quod quidam Nobilis Nicolaus nomine filius Sathamar haeredum carens solatio... ad praesentiam... genitoris nostri Andreae accessit, humiliter supplicans, ac devote, ut optata sibi daretur facultas, quod quasdam villas suas emittias in Comitatu Supruniensi extra portam existentes... cum pertinentiis suis domui sacrae militiae templi relinquere posset post mortem suam, sicut vellet“. Fejér: IV/1. 146. l.

³⁴⁾ „... Praeterea Stephanus filius Thomae de Kapsan... constitutus, terram suam hereditariam in Kapsan existentem... ob remedium animae suae Monasterio perpetue Virginis Mariae Budae in Insula constituto... contulisset hoc adiecto: quod quamdiu idem Stephanus cum sorore sua vixerit in eadem terra sub tutela Ecclesiae residerent, si autem praedictum Stephanum ante sororem suam divina vocatione debitum persolvere contingeret, ex ipsa terra secundum consuetudinem regni quartam partem, aut valorem persolverent mulieri praedictae“. Fejér: VII/2. 32. l.

a negyedjog általában *szokáson alapuló jogintézmény* gyanánt élt a köztudatban.

Ugyancsak a szokásra, de emellett a *természetjogra* is hivatkozik egy 1293-ból származó bizonyáglevél,³⁵⁾ *Lodomér* esztergomi érseknek *Mihály comes* nejének negyede tárgyában 1281-ben hozott ítélete,³⁶⁾ míg *Omódé* győri püspök 1265-ben kiállított, már említett bizonyáglevele,³⁷⁾ valamint *Machia comes* és nejének, Ilonának a pannonhalmi konvent előtt 1298-ban tett közös végrendelete³⁸⁾ *csak a természetjogot hangsúlyozza*. Figyelembe véve azt a tényt, hogy ezeket az okiratokat kivétel nélkül papok szerkesztették, akik latin műveltséggel és oly jogi gondolkodással bírtak, mely a természetjogot *az állami (polgári) joggal a római jogban ép úgy, mint a kánonjogban élesen szembeállította*, nem lehet kétség aziránt, hogy a leánynegyed jogintézményét az aranybulla kiadását közvetlenül követő időben sem tekintette a közfelfogás az aranybulla, vagy más világi dekretumon alapulónak.

3. Történelmileg tényleg kimutatható, hogy *a leányoknak már az aranybulla kiadása előtt is volt törvényes örökjoguk az ősi jószágokban*. Csak egy olyan oklevél maradt ugyan reánk, mely ezt feltétlenül bizonyítja, de ez az egy is elegendő bizonyíték. *Egy Scinnes nevű nő finemű rokonainak beleegyezésével 1146-ban* végrendeletet tett és törvény alapján *öröklött*³⁹⁾ *atyai*

³⁵⁾ „... nobiles viri confessi sunt quandam possessionem ratione quarte nobili Domine sorori ipsorum *iure naturari* (sic!) iuxta Regni consuetudinem (approbatam törölve) provenientes dedidissent“. *Kubinyi 156. l. Idézi Illés 1. m.*

³⁶⁾ „... volumus pervenire, quod cum ... super quodam iure debito *iure nature* sive super quarta dominam matrem suam litem legitime contestati fuerunt coram nobis ... petebat nomine matris sue sibi assignari secundum *Regni consuetudinem* approbatam“. Wenzel: IX. 303. l.

³⁷⁾ „... eadem domina confessa est viva voce, quod Georgius et fratres sui ... super quarta de possessionibus patris sui prefati *iure nature* sibi debita satisfecissent assignatis sibi septuaginta iugeribus terre“. Wenzel: VIII. 132. l.

³⁸⁾ Quam etiam quartam suam, quam eadem domine Elena ibidem possidet *iure naturali* ... contulerunt et dederunt Ecclesie Sancti Michaelis ... — Wenzel: XII. 627. l.

³⁹⁾ hereditarie jus a középkori oklevélstilusban a törvényes örökjogot jelenti. A végrendeleti öröklés műszava: donatio.

birtokáról rendelkezvén,⁴⁰⁾ egy *Chutus* nevű helységet a szent-mártoni apátságnak hagyományozott.⁴¹⁾ Hogy ez a törvényes öröklés, amellyel az említett Scines nevű nő az atyái birtok tulajdonát annak idején megszerezte, *a negyedrészt erejéig terjedt-e, az nem tűnik ugyan ki* ezekből az oklevelekből, azt azonban feltétlenül és teljesen bizonyítja, hogy már az aranybulla kiadása előtt a törvény alapján *örökölték* a leányok az ősi jószágokban — és pedig akkor is, ha mellettük volt *öröklésre hivatott fiúörökös*.

⁴⁰⁾ „... Ego Scines . . . excogitavi sic ordinare patrimonium, quod ad me pertinet *hereditario jure*, ut talem possim heredem habere, qui me post hanc vitam participem faciat hereditatis aeternae. Inito itaque salubri consilio *cum marito meo domino Henrico fratre domini David Abbatis* conveni propinquos et amicos meos hujus Regni Primates, quibus aperiens commune consilium rogavi, ut suggererent domino nostro *Regi Geysae*, quatinus ipsius permissione et licentia predium nomine Chutus cum omnibus pertinentiis voverem et traderem *Ecclesie Sancti Martini supra montem Pannoniae*. Mox illi acquiescentes nostris petitionibus et bonum desiderium approbantes Regem aggressi inclinaverunt et fieri debere, quod petivimus, supplicantes impetraverunt. Accepta igitur legali licentia, predium supradictum . . . beato Martino donavimus“. Wenzel: I. 56. 1.

⁴¹⁾ Az oklevélben foglaltak további támpontot nyerne a váradi tüzespróba lájstrom 130. (Karácsonyi és Borovszki rendezése szerint 377.) sz. bejegyzésében, amely szerint (II.) András király Forcuna comes özvegyének, Margitnak, birtokadományozását megsemmisítette azért, mert az adományozó nő törvényes öröklés címén szerezvén az ingatlant — (Az oklevélnek az örökölt földre vonatkozó „ex donatione patris eius“ kitétele nyilván oly végintézkedésre vonatkozik, mely csak a törvényes örökösödési rendet erősítette meg, mert ellenkező esetben a régi magyar birtokjogi felfogás szerint az ingatlan szerzeményi és nem örökölt lett volna. V. ö. Wenzel: A magyar és az erdélyi magánjog rendszere. 294. old.) — azt a vérrokonok hozzájárulása nélkül nem volt jogosítva elidegeníteni. Ez a bejegyzés ugyan Karácsonyi és Borovszki szerint 1234-ből való, tehát az aranybulla első kiadásánál 14 évvel később kelt, de azért valószínűnek látszik, hogy Forcuna özvegye is még 1222 előtt örökölt. A tapasztalat ugyanis azt mutatja, hogy az emberek 50—60 éves koruk előtt nem igen szoktak végrendelkezni, feltehető tehát, hogy az említett úrnő, aki egyébként is már özvegy volt, 1234-ben már idősebb nő lehetett, ez pedig valószínűvé teszi, hogy atyja, akitől a birtokot örökölte, s akinek legalább 18—20 évvel idősebbnek kellett lennie nála (de idősebb lehetett 30 évvel is) 15 évnél korábban hunyhatott el, minthogy leánya végrendelkezett. Ez esetben pedig az utána való törvényes öröklés 1222 év előtt ment végbe.

És ezt a bizonyítékot pompásan kiegészítik jogtörténetünk egyéb adatai. Láttuk, hogy bár feltétlen bizonyítékunk nincsen reá, mégis *teljes biztossággal következtetünk arra, hogy a törzsi szervezet korában az ingatlan javak öröklés alá egyáltalában nem estek*, a Szt István alkotta törvényes öröklési rendből pedig, írott emlékeink kétségbevonhatatlan tanúsága szerint, a leányok egészen kirekesztettek. Viszont a XIII. és köv. századok történelmi emlékei vitathatatlanul bizonyítják, hogy a leányok ezekben a századokban az ősi öröklött vagyonból csak negyedek kaptak. Ezekből a történelmi tényekből pedig szükségszerűleg arra kell következtetnünk, hogy *a leányoknak a XII. század közepe táján az ismertetett oklevél szerint tényleg élt örökjoga az ingatlanokra nézve a fiági örökjoggal egyenlő nem lehetett, hanem csak úgy, mint e jogot a következő századok oklevelei feltüntetik, a birtok bizonyos hányadrészéig terjedhetett.*

A leányok törvényes örökjogának fent érintett áttekintése ugyanis folytonos és szakadatlan fejlődést mutat *a fiúk jogával való teljes egyenlőség felé*. Jelentősebb visszaesést, vagy elhajlást e fejlődésben sem hazánkban, sem másutt nem találunk. Már pedig az előadottakkal szemben azt, hogy a XII. század okleveleiben említett örökjoga a leányoknak *nem hányadszerű, hanem a fiúkével egyenlő lett volna*, csak az esetben tételezhetnők fel, ha egyszersmind feltételeznők azt is, hogy a magyar leányok örökjogában a XIII. században *hatalmas visszaesés következett* be, mely korábban élvezett egyenjogúságukat elkobozta és örökjogukat a hagyaték negyed-részsére korlátozta volna. *Hogy azonban ily visszaesés nem volt*, azt kétségtelennek lehet tekintenünk. Hiszen a XII. század végén már Nyugateurópában is meghonosodott, sőt Franciaországban általános elismerést nyert a nő hűbérképessége,⁴²⁾ *pedig ott a fekvő jószágok fejlettebb katonai jellege folytán*, a női jog nehezebben törhetett utat az egyenlőség felé. És egy századdal később a hűbéri jelleget még úgyszólván teljesen nélkülöző magyar jog a leányok jogában *mérföldes léptekkel ment volna visszafelé?* Az ellenkező kizárásának módszerével tehát odajutunk, hogy a XII. században, vagyis az aranybulla ki-

⁴²⁾ Hajnik: I.: Egyetemes európai jogtörténet 342 l.

adása előtt a leányok *ép úgy hányadszerű* kielégítésben részesültek, mint a XIII. században, az aranybulla kiadása után.

Hogy ez a hányad a XIII. és következő századok női örökjogához hasonlóan szintén negyed volt, — arra nézve nincs ugyan támogató, de nincs ellentmondó vagy más hányadra mutató adatunk sem, — aminthogy egész jogtörténetünkben nem találunk semmi vonatkozást arra nézve, hogy a leányok örökjoga az egészhez viszonyítva más rész erejéig szenvedett volna valaha korlátozást. Nem vétünk tehát a történelmi következtetéseknél feltétlenül megkívántató óvatosság ellen, ha az ismertetett oklevelek alapján azt a tényt állapítjuk meg, hogy *a leányok bennük szereplő örökjoga a negyedjoggal azonos és végső következtetés gyanánt kimondjuk, hogy a leánynegyed intézménye régebbi az aranybullánál.*⁴³⁾

5. Nagy Lajos 1351-ben az u. n. ösiség behozatalával az aranybulla 4. cikkét kifejezetten hatályon kívül helyezte, s a leánynegyed intézménye *még sem szűnt meg*, sőt erőteljesebb fejlődésnek indult, mint valaha. Ez a tény is világosan bizonyítja, hogy a Quarta jogintézménye nem az aranybulla 4. pontján alapult, az aranybulla azt csak megerősíthette, mint a nemzet egyéb meglévő jogait és szabadságait.

Ezen adatok világában az aranybulla 4. pontját nem lehet másként értelmezni, minthogy az nem a negyedjogot *adta meg* a leányoknak, hanem a magánjogunkban addig ugyan nem ismeretlen, de a királyi hatalom által privilégium gyanánt kezelt szabad *végrendelkezési jogát erősítette meg a fiúörökös-sel nem bíró kir. servienseknek*. A leánynegyedre pedig csak utalt, mert azt a szabad végrendelkezési jog korlátjaképen

⁴³⁾ Illés (id. m.) hasonlóképp erre látszik következtetni azon tény alapján, hogy oly nagyjelentőségű, úgyszólván forradalmi jellegű változás, amely az aranybulla szerinti — fiúörökös nemlétében járó — quartát az okleveles anyagból megismerhető quartává alakította volna át, vagyis *a leányok örökjogát létező fiúörökössel szemben is érvényre juttatta volna*, ama pár évtized alatt, mely az aranybulla kiadásától és ismétlésétől az erre vonatkozó okleveles anyagunk kezdetéig eltelt, nem mehetett volna végbe. Hogy ez a következtetés helyes volt, azt a szövegben ismertetett oklevelek bizonyítják.

köteles rész gyanánt fogta fel.⁴⁴⁾ *Az aranybulla negyedik pontját tehát nem a leánynegyed, hanem legfeljebb a köteles rész forrásának lehet tekinteni.*

Ezek után pedig kíséreljük meg pontosan meghatározni azt az időpontot, ameddig a kifejtettek szerint a negyedre vonatkozó emlékeink visszanyúlnak. Scines végrendelete 1145-ből, vagyis a XII. század közepéről ered. A benne említett öröklés egy emberöltővel korábban történhetett, s ha erre 40—50 évet számítunk, azt állapíthatjuk meg, hogy *a leánynegyed intézménye a XII. század küszöbén már élt jogunkban*, esetleg élhetett azonban már a XI. században is. Ennél pontosabban a kezdő Árpádkorból reánk maradt történelmi emlékek kevés száma és hiányossága mellett nem lehet a keletkezés időpontját meghatározni. Így is kétségtelen azonban, hogy a leánynegyed egyike a legrégibb vagyoni jogi intézményeinknek, amelynek fejlődése épen ezért a régi magyar jogélet történetére is igen sok értékes és becses adatot rejt magában.

II. Annak a kérdésnek a megítélésénél, hogy a leánynegyed eredeti, vagy recipiált jogintézmény, a következőket kell különösen figyelembe vennünk.

A magyarság akkor, amikor mai hazáját elfoglalta, úgy szólván még államelőtti életét élte, egy teljesen primitív társadalmi és jogi szervezetben. Az a nagy átalakulás tehát, amit Szent István kora a törzsi szervezet korával szemben jelentett, külföldi hatásoktól teljesen mentesen aligha mehetett végbe. Közjogi intézményeink legtöbbször ki is lehet ily hatásokat mutatni, hogy csak egyet említsünk, Szent István egyik leghatalmasabb és legmaradandóbb alkotása, a várrendszer, vármegyéink szabálytalan területbeosztásában és szétagoltóságában egészen napjainkig megőrizte annak emlékeit.⁴⁵⁾

⁴⁴⁾ Hogy a köteles részt itt csak a leányág javára állapított meg, annak oka az volt, hogy a fiúörökösök e korban még szükségörökösök voltak, szabad végrendelezési jog a fiág kihaltá előtt nem volt, ezt a nem létező jogot nem lehetett tehát a köteles rész intézményével korlátozni. V. ö. Hajnik I. m. I. k.

⁴⁵⁾ Ez a látszólag érthetetlen rendszertelenség a területi magánhatal-

Ebből a tényből azonban magánjogi intézményeink eredetére nézve messzesemenő következtetéseket nem lehet vonni. A XI—XII. század magyar magánjoga igen egyszerű, mondhatni primitív magánjog volt, amelyre a fejlődő és tökéletesedő magyar gondolkodás a maga erejéből is rájuthatott. Annak a ténynek, hogy több magánjogi viszony az egyes külföldi jogvidékeken a mienkéhez hasonlóan szabályoztatott, így pl. hogy a leányok örökjoga Nyugateurópában is általában szűkebb terjedelmű volt a fiúkénál, — nem szabad túlságos jelentőséget tulajdonítanunk. Az emberi gondolkodásnak elvégre vannak közös és hasonló törvényei, s egyik nép utánzás nélkül is juthat ugyanarra az eredményre, mint a másik, ha a tényleges viszonyok és körülmények azonosak.

Az egyes nyugateurópai törzsi jogok egyébként is oly sokféleképen és különböző módon szabályozták a leányok örökjogát,⁴⁶⁾ hogy ha egyikben, másikkban akad is valami hasonlóság a hazaihoz, merőben önkényes lenne ezt akár-melyikre visszavezetni. Ez áll a longobard jog úgynevezett leányharmadára is, amely a magyar leánynegyedhez épen csak külsőleg mutat némi hasonlóságot, tartalmilag azonban teljesen különbözik az utóbbitól. Anélkül, hogy ezt a kérdést ezúttal bővebben fejtegetni kívánnók, ehelyt csak arra mutatunk rá, hogy a longobard jog leányharmada Luitprand, illetve Rotharis edictuma⁴⁷⁾ szerint a fiúk öröklésével nem

mak keletkezésését kívánta megakadályozni, s a nyugateurópai államszervezet tanulságain épült fel. L. Ereky: A magyar helyhatósági önkormányzat I. k.

⁴⁶⁾ Az ellentétek kidomborítására álljanak itt az egyes törzsi jogok idevágó rendelkezései: A Lex Angl. et Werin. szerint „Haereditatem defuncti filius, non filia suscipiat. Si filium non habuit, qui defunctus est, ad filiam pecunia et mancipia, terra vero ad proximum paternae generationis consanguineum pertineat“. (6. cím. 1. §.) A Lex Salica szerint „De terra vero Salica in mulierem nulla portio haereditatis transit“. (62. cím 6. feje.) Ellenben a Lex Ripuariorum szerint már csak „Cum virilis sexus extiterit, femina in haereditatem aviticam non succedat“ (56. c.) a Lex Alemannorum pedig a leányoknak az oldalrokonokkal szemben elsőbbséget adott. L. Wenzel: *Egyet. Jogt.* 238. old.

⁴⁷⁾ Luitprand edictuma a következő: „De eo, qui filiam in capello in casa habuerit et filium non reliquerit legitimum, ut de rebus suis amplius per nullum titulum cuiquam per donationem aut pro anima sua iacere

párhuzamos, mert csak fiúörökös nem létében járt a leányoknak. A harmadhoz való jog épen ezért nem is valóságos örökjog, inkább csak annak pótléka, egy sajátos jogintézmény, mely bizonyos belső rokonságban áll a köteles rész fogalmával, anélkül azonban, hogy egyben törvényes osztályrésznek volna tekinthető. Ezzel szemben a magyar leánynegyed, mint láttuk, valóságos törvényes örökjog, mely a fiág öröklési jogával teljesen párhuzamosan halad, s attól épen csak a számszerűségben, tehát mennyiségileg és nem fogalmilag különbözik, egyébként vele teljesen azonos. Ha emellett figyelembe vesszük még azt, hogy *fiúörökös nem létében a leányok az árpádkori magyar jog szerint nem negyedet, hanem rendes örökrészt kaptak*,⁴⁸⁾ nyilvánvalóvá lesz előttünk, hogy *a magyar és a longobard jog közötti erős összefüggés csak látszólagos*, amely az összehasonlító jogtörténet világánál csaknem a semmivé zsugorodik össze.

Amennyiben tehát a negyedjog kialakulásánál *érvényesültek volna is idegen, nyugateurópai hatások*, feltétlenül eredeti magyar jellege mellett kell állást foglalnunk, miután annak ellenkezőjére, vagyis netaláni átültetett voltára a történelemnek nincsen adata.

3. §. A negyedjog terjedelme. A pénzen szerzett birtok és a leánynegyed.

Megismerkedve eként a negyed fogalmával, s keletkezésének két legfontosabb kérdésével, az előtt a nehéz feladat előtt állunk, hogy a negyedjognak a terjedelmét megállapítsuk. A kérdés, mely itt előttünk áll, az: *vajjon a negyed kizárólagos formája-e a leányok öröklésének, vagy pedig vele párhuzamosan halad egy teljesebb, — esetleg a fiúkével egyenlő — örök-*

possit, nisi partes duas, tertiam vero relinquat filiae suae, sicut iam gloriosus Rotharis rex constituit . . . Quia nobis comparuit, quod per nullam donationem . . . possit filiam suam de ipsa tertia portione substantiae suae exhaeredit facere, et si duae, aut amplius fuerint, de mediate. Luitprand: 64. 65. Pertz: Mon. Germ. Hist. L. L. IV. 433. Idézi Illés I. m.

⁴⁸⁾ L. alább.

jog, s ha igen, mi határoz az öröklés egyik, vagy másik alakja között? Minden birtok után jár-e a negyed, vagy pedig csak bizonyos fekvő jószágok után, s ha az utóbbi eset áll fenn, mi a jogi sorsa a negyedjogon kívül eső javaknak, egészen ki vannak-e azokból a leányok zárva, vagy azokban a fiúkkal egyenlően részesednek?

Ezekre a kérdésekre az egyes korszakokban más és más felelet adódik.

I. Az Árpádkorra nézve jogtörténetünknek eddig az volt az álláspontja, hogy a negyed csak *az ősi öröklött javakból járt,*⁴⁹⁾ ellenben *a pénzen szerzett birtokból a leányok is rendes örökrészt kaptak.* Ez az álláspont azonban nézetünk szerint téves és revízióra szorul. A tévedés onnan eredt, hogy jogtörténetünk a negyedet illetőleg az Árpádkori jogéletet is a *Hármas-könyvön* át nézte, mintegy abban a hallgatólágos feltevésben, hogy ez a jogintézmény a Hk. szerkesztésének idejéig mit sem változott. Ez a feltevés azonban okleveles anyagunk világában tévesnek jelentkezik, mert *a Tripartitum korabeli jus Quartalitii az árpádkori negyedjoggal tartalmilag nem azonos.*

Álláspontunk igazolására álljanak itt a következők:

1. Előrebocsátjuk, hogy *az Árpádkorból nincs kétségtelen történelmi bizonyítékunk sem arra, hogy csak az ősi birtokból kaptak volna negyedet, sem arra, hogy a pénzen szerzett javakban a fiággal egyenlően osztottak volna a leányok.*

A) Az előbbinek bizonyítására IV. Béla királynak egy 1239-ből kelt ítéletlevelére szokás hivatkozni, amely egyben a legrégebbi mindazon ítéletek közül, amelyek a leánynegyed tárgyában reánk maradtak. A bírói döntést II. Andrásnak *Szathmár fia Miklós* részére kiadott *végrendelkezési privilégiumát megerősítő oklevél foglalja magában.* II. András ugyanis a végrendelkezési jogot a privilégiumban felsorolt birtokokra, mint szerzett jószágokra adta meg, később azonban a vérrokonok (cognati) azt vitatták IV. Béla előtt, hogy az örökhagyó által II. András privilégiuma alapján az Egyháznak hagyott birtokok nem szerzeményiek, hanem *öröklött* jószágok voltak. (. . . quod omnia, quae cognatus ipsorum Nicolaus Ecclesiae

⁴⁹⁾ Timon: I. m. 375. old. Illés: I. m. 39. old.

contulerat, non fuerunt ipsius emittia, sed haereditario iure possessa . . .) A király az esküt a vérrokonoknak ítélte, akik azonban vonakodtak a megítélt esküt letenni, mire a király megállapította a peres jószágok szerzeményi jellegét. Ekkor lépett fel az örökhagyó veje, István, aki feleségének leány-negyedét követelte, a király azonban ezt a követelést elutasította azzal az indokolással, hogy *miután a birtokok pénzen szerzettek voltak, s belőlük kifejezetten semmit sem hagyott a szerző atya leányának*, örökrész őt abból nem illeti. (... Deceverunt, quod cum illa fuerint emittia et non haereditaria pater ipsius et pater filiae nihil expresse reliquerit de eisdem, nullam inde eius filia deberet de iure habere portionem.⁵⁰⁾

Ez az ítélet azonban nem mondja azt, amire nézve idézni szokták (világosan legalább is nem), hogy t. i. a pénzzel szerzett birtokból negyed nem jár, hanem azt jelenti csak ki, hogy mivel a birtokok, amelyekből a negyed követeltetett, pénzszerzeményiek voltak és *a szerző atya semmit sem hagyott belőlük leányának*, (hanem az egészet az Egyházra ruházta végrendeletileg), a leányt azokból jog szerint semmi sem illeti. Ez a királyi döntés pedig úgy is magyarázható (sőt azt hisszük, csakis úgy magyarázható), hogy *a leány negyedigényével azért utasított el, mert az örökhagyó végrendeletileg mást* (az Egyházat) *tett általános és kizárólagos örökösévé*, s mint-hogy a pénzen szerzett birtokok feletti szabad rendelkezési jog ezt még az egyenes leszármazó örökösök kárára is lehetővé tette, a negyedét ép oly kevéssé lehetett megítélni, mint a fiág-beli vérrokonoknak magát a birtokot. Vagyis *nem a birtok pénzen szerzett volta, hanem az első szerző ellenkező végintézkedése miatt nem volt helye a negyed követelésének*, s a szerzeményi jelleg mindössze annyiban játszott szerepet, hogy a végintézkedés megszoríthatásának útjában állván, annak teljes hatálybanmaradását eredményezte, miután a negyed köteles részi jellege a pénzen szerzett birtokokra nézve ebben a korban még nem érvényesült.⁵¹⁾

⁵⁰⁾ Fejér: IV/1. 146. l.

⁵¹⁾ Ezt az értelmezést támogatja Miklós comesnek 1237-ből, tehát csaknem ugyanabból az évből kelt végrendelete is, mely miután részletesen intézkedik minden birtokáról, így folytatja: „Item habeo tres villas empti-

Ezen értelmezés világában tehát az ítélet nem a törvényes öröklésre, hanem a *végrendelkezési szabadságra* nézve tartalmaz elvi döntést, következőleg a negyedre, mint a leányok törvényes osztályrészére nézve, jelentőséggel nem is bír.

B) Az az utóbbi megállapítás pedig, hogy a pénzen szerzett jószágokból a leányok *teljes örökrészt kaptak*, csak a Werbőczy korabeli magánjogra nézve helyes, de nem az Árpád-korra! A negyedet meghaladó öröklésről reánk maradt szórványos emlékek nem is a kir. serviensekre, hanem egyéb társadalmi osztályokra, s ezenfelül kivétel nélkül mind arra az esetre vonatkoznak, amikor öröklésre *hivatott fiúgyermek nem maradt*.⁵²⁾ Annak azonban, hogy fiúörökös mellett, akárcsak a pénzen szerzett jószágokban is, már az Árpád-korban, a nemesi jog szerint, teljes örökrész illette volna meg a leányokat, semmi nyoma sincsen, sőt az Anjou-korral való összehasonlítás mellett ezt egyenesen kizártnak lehet tekinteni. Amint ugyanis alant látni fogjuk, okleveles anyagunk világosan bizonyítja, hogy az Anjou-korban minden fekvő jószágból, tehát a pénzen szerzettekből is, csak negyedet kaptak a leányok, már pe-

cias, quas non pono in distributione, sed retineo arbitrio meo . . . ut in ultimis meis cuicunque mihi placuerit, de filiis meis, vel filiabus, vel in elemosynas liberaliter legabo“. Fejér: IV/1. 78. l.

⁵²⁾ Így a szepesi lándzsások kiváltságlevele (1243). „ . . . Item si quis de ipsis *sine herede* decesserit, universa bona tam mobilia, quam immobilia ipsius, cui filia si habeat, vel relicta, si nupserint succedat“. Fejér: IV/1. 279. l. — Továbbá a keresztturi lakosok kiváltságlevele (1246): „Item de rebus morientis sine herede *Comes accipiet unam*, quam voluerit, de ceteris moriens disponet pro sua voluntate. Si vero intestatus decedat, devolvantur bona sua *ad uxorem*, vel ad filiam suam si habet, salvo *tamen iure Comitiss* sui ut praedictum est, de ceteris disponat, sicut voluerit“. Fejér: IV/1. 440. l. Ily esetre nézve rendelkezik a Luprechtházi *telepesek* kiváltságlevele (1247): „Si quis autem hominum sui haeredis solatio careret, id est filio et filia et tunc de rebus eiusdem, sive possessione *nihil Dominus Vicecomes recipere* teneatur sed cuicunque volet liberam habeat dandi seu dimittendi facultatem“. Fejér: IV/1. 455. l. Végül IV. *Béla*nak egy másik libertasa: „ . . . Item statuimus, si quis ex ipsis fratrem uterinum habens sine haerede decesserit, non dicatur sine haerede decessisse, sed frater eius uterinus pro filio successores. Si vero fratrem uterinum non habuerit, medietas bonorum decedentis ad uxorem et filiam, vel filias, si, habuerit legitime devolvatur, medietatem vero *Comes recipiat*“. Fejér: IV/1. 194. l. 1240.

dig a leányok jogának folytonosan fejlődő jellege és az egyenlőség felé való közeledése nem engedi meg azt a feltevést, hogy ily hatalmas visszaesést szenvedhetett volna anélkül, hogy annak emléke ne maradjon.

Amennyiben tehát a Szabolcsfia Miklós leányának negyede tárgyában hozott ítéletlevelet aként értelmezzük, hogy a pénzen szerzett javakból *negyed nem járt*, — miután a leányok öröklésének más formája és intézménye a kifejtettek szerint ekkor még nem volt, azt kellene elfogadnunk valónak, hogy *a pénzen szerzett birtokból a leányok az Árpádkorban teljesen ki voltak zárva, vagyis hogy azokat a nemzet birtokjogi felfogása kizárólag és szorosabban a fiághoz tartozónak tekintette volna, mint az ősi szállás- és adománybirtokokat*. Eltekintve azonban attól, hogy ez a felfogás homlokegyenest ellenkezne a két birtoknem természetével, *okleveles anyagunkban világos cáfolatra talál*, s így feltétlenül elvetendő.

Habár ugyanis az árpádkori *osztálylevelekben* nők feltűnő ritkán szerepelnek; nem egy olyan esetet tudunk úgy élők között, mint halálesetre szólólag kimutatni, amikor pénzen *szerzett birtokot* kaptak a leányok.

Ime néhány eset az oklevelek világában:

Béhic comes 1220-ban ruhák és egyéb ingóságok mellett egy Mata nevű egyéntől vett szőlőt („... vineam unam, quam emi a Mata“) hogy *végrendeletében* két leányának.⁵³⁾ *Péter fia Sydou* 1244-ben egy egész szerzett birtokát („totam terram suam titulo empcionis ad eum pertinentia (sic!)“) *ruházza át* két leányára, mint azt a székesfehérvári káptalan bizonyítja.⁵⁴⁾ *János fia Jakab* 1248-ban a vasvári káptalan előtt vallja be, hogy vett birtokát („terram suam empticiam“) *vejének adta örökbe*.⁵⁵⁾ *Zeresi Simonnak fiai* 1283-ban az egri káptalan előtt *engedik át* vett birtokuk felét („dimidietatem cuiusdam terre eorum empticie“) *nővéreiknek*.⁵⁶⁾ *Kun István comes* 1291-ben a háyi káptalan előtt „... dedit et contulit ... terram suam

⁵³⁾ Fejér: III/1. 303. l.

⁵⁴⁾ Wenzel: VII. 182. l.

⁵⁵⁾ Wenzel: VII. 276. l.

⁵⁶⁾ Wenzel: XII. 403. l.

empticiam . . . domine Margarete sorori sue".⁵⁷⁾ De a leg-érdekesebb valamennyi között *István országbírónak* leánya javára 1300-ból kelt *adománya*, mely az Árpádkor végső határán atyai jóindulatára hivatkozik, amikor leányát az *atyi birtokokban* részesíti,⁵⁸⁾ de egyben az ősi öröklött javak mellett az országbíró atyja, Erney bán által szerzett szabolcsmegyei birtokát is leányára ruházza.⁵⁹⁾

Ezek az esetek minden kétséget kizárólag bizonyítják, hogy a nemzet egészének nem volt és nem lehetett olyan kialakult meggyőződése, hogy *a pénzen szerzett javakhoz*, talán azok kisebb megkötöttsége miatt, *a leányoknak semmi joguk sincsen*, mert akkor legfeljebb szórványosan részesedtek volna ezekben a javakban, már pedig a felhozott példák, figyelemmel arra is, hogy a következő korban zökkenés nélkül folytatódnak,⁶⁰⁾ szórványosoknak épen nem látszanak.

Ezeknek a példáknak a bizonyító erejéhez egyébként a következőket kell még megjegyeznünk:

Bár az idézett oklevelek egyike sem említi az átruházás jogcímét, legtöbbje nem hagy fenn semmi kétséget sem az-iránt, hogy az átruházás örökrész kielégítése céljából történt (néhánykor előlegesen). Ez ugyan még nem bizonyítja feltétlenül, hogy a fiú- és a leányág között a pénzen szerzett birtok is osztályra került, mert az osztályt elképzelhetnők aként is,

⁵⁷⁾ Wenzel: X. 517. 1.

⁵⁸⁾ Ezt annak szemléltetése végett említjük meg, hogy a középkori oklevelek egyes kifejezőmódjaira *mennyire nem lehet építeni*. Kétségtelen történeti bizonyítékaink vannak arra nézve, hogy a leányoknak, habár csak a negyed intézményével, az ősi öröklött javakhoz törvényes joguk volt, s az idézett oklevél a leányoknak részesítését mégis *különös kegyként tünteti fel*. Hasonló kifejezések az Anjou-kor okleveleiben is gyakoriak. Talán a természetbeni kiadást tekintették különös jóindulatnak?

⁵⁹⁾ " . . . Nos . . . filiam nostram karissimam . . . paterna pietate inducti de bonis paternis participem facere cupientes . . . quasdam possessiones hereditarias . . . item quamdam possessionem nostram per Erney banum patrem nostrum acquisitam . . . dedimus, donavimus tradidimus et contulimus memorate filie nostre et per ipsam suis heredibus heredumque suorum successoribus perpetuo iure et irrevocabiliter pacifice possidendas, habendas et tenendas". Wenzel: X. 378. 1.

⁶⁰⁾ Anjou-kori okt. I. 75. 1304. I. 141. 1307. I. 271. 1312. stb.

hogy arra csak az ősi, öröklött javak bocsáttattak, azonban az ezekből járó negyed az osztály körén kívül eső pénzen szerzett birtokkal elégittetett volna ki, de ez a feltevés a legcsekélyebb történeti adatra sem tudna támaszkodni és így feltétlenül el kell ejtenünk. Hasonlókép nem lenne kellő történelmi alapja annak a feltevésnek, hogy a pénzen szerzett birtokokból szorosabb értelemben vett magánjogi cím nélkül, tehát mintegy önkéntes atyai, vagy testvéri jóindulatból részesültek volna a leányok. Ha ugyanis feltételezzük, hogy az oklevélieg kimutatható valamennyi ily részeltetés nem a szokásjogon, hanem az egyéni jóindulaton alapult, úgy egy logikai ellentétet nyerünk, amely világosan mutatja ennek a feltételezésnek a tarthatatlanságát. Említettük ugyanis, hogy azokat az eseteket, amelyekben a leányok pénzen szerzett jószágokat kaptak, nem lehet szórványosaknak tekinteni. Amikor pedig azt látjuk, hogy nem is épen elvétele önként is juttatott az apa leányainak, a fivér nővéreinek a pénzen szerzett javakból, sőt nem egyszer csakis nekik juttatta az egész pénzen szerzett birtokállományt, nyilvánvaló lehetetlenségnek kell feltűnnie, hogy ugyanabban a korban lehetett volna oly jogszokás, amely a sokkal fiágibb természetű ősi javakból is megadott negyedét a pénzen szerzett birtokokból általánosan és egyöntetűen megtagadta volna. Az ellenkező kizárásának módszere tehát azt bizonyítja, hogy a pénzen szerzett birtokokra nézve a leányoknak volt az Árpádkorban törvényes örökjoguk — a szokásjog alapján.

Mindezekkel szemben pedig pusztán egy negativum állana, hogy t. i. az Árpádkorból mindezideig nem sikerült egyetlen egy olyan oklevelet sem felfedeznünk, amely a negyednek szerzett birtokból kiadását tanúsítaná és azt is, hogy a fivér minden birtokának negyedrészt (quartam partem omnium possessionum) adta ki, *mindössze egy oklevélben olvashatjuk*.⁶¹⁾ Erre a *negativumra azonban nem lehet sokat építeni*. E kor monumentái közül jórészt a vak sors véletlen játéka válogatta ki azt az anyagot, amely annyi kül- és belháború országdúlása után sértetlenül reánk maradt. A bir-

⁶¹⁾ Fejér: VII/5. 453. 1.

tokviszonyokban a vezető szerepet pedig ekkor még kétségtelenül *az ősi javak* játszották, s így a szerzett jószágok az oklevelekben aránylag ritkán szerepelhettek. Figyelembevételét az, hogy a leánynegyed kiadásáról az egész Árpádkorból *alig száz eredeti oklevél* maradt reánk, — amely szám *a tényleg megtörtént esetek egy ezredrészének sem felel meg* talán, — szinte természetesnek tűnhetik fel, hogy ezekről a ritkábban előforduló esetekről okirati emléküink nem maradt. — Emellett bizonyos adatok még arra is mutatnak, hogy a szerzett birtokot, vagy annak bizonyos részeit sokszor még az apa életében megkaphatták a leányok és ez a tény további természetes magyarázatot látszik adni arra nézve, hogy az öröklés terén *miért nem látjuk szerepelni ezt a birtoknemet*.

Pusztán az árpádkori oklevelek alapján nem lehet tehát azt állítani, hogy a szerzett *birtok mentes volt a negyed követeletétől, mert az oklevelek ily jogszabályról bennünket nem tudósítanak*, a jogtörténet egyéb adatai pedig, mint láttuk, sokkal inkább *épen az ellenkezőjére engednek alapos következtetést*. Ami pedig a negyedre vonatkozó árpádkori okleveleket illeti, nézetünk szerint még azt sem mondhatni, hogy ezek az oklevelek *általában hangsúlyozták*, hogy a negyed az ősi vagyonyból adatott ki, mert úgyszólván minden olyan oklevéllel, amely szerint negyed címen „*possessiones nomine terre sue hereditarie*“⁶²⁾ „*partes terre sue hereditarie*“⁶³⁾ „*de terris suis hereditariis*“⁶⁴⁾ szolgáltatnak, vagy „*pro quarta, de terra hereditaria*“⁶⁵⁾ rendelkeznek, szembe lehet állítani több olyan oklevelet, amelyekben nincs kiemelve, sőt még csak meg sincs említve, hogy *milyen birtokból hasítottatott ki a negyed*,⁶⁶⁾ vagy mily birtok volt az, amely *végrendeletileg*, vagy egyéb, sokszor nem is említett, címen a leányokra ruháztatott.⁶⁷⁾

⁶²⁾ Wenzel: VII. 487. l.

⁶³⁾ Wenzel: VIII. 133. l.

⁶⁴⁾ Wenzel: IX. 165. l.

⁶⁵⁾ Wenzel: III. 281. l.

⁶⁶⁾ Fejér: III/2. 485. l. 490. l. IV/2. 517. l. VI/1. 268. l. IX/2. 457. l. — Wenzel: VIII. 132. l. X. 322. l.

⁶⁷⁾ Fejér: III/2. 269. l. 485. l. V/1. 73. l. 253. l. (V. ö. V/2. 84.) VII/2. 92. l. Wenzel: XII. 531. l.

2. De ha mindezek dacára is ragaszkodni kívánnánk jogtörténetünk régebbi álláspontjához, akkor is meg kell állapítanunk, hogy *a szerzeményi javaknak a negyed alóli mentesítése jogéletünknek legfeljebb futó hulláma lehetett*, amely mélyebb gyökereket verni nem tudott. Már 41 évre IV. Béla ítélete után — tehát nem oly hosszú idő múlva, amely alatt régi, bevált jogintézmények is át szoktak lassú fejlődéssel alakulni, — azt olvassuk *Lodomér* esztergomi érsek ítéletlevelében, hogy *Mihály fia Simon 1281-ben* az ország régi bevált szokása szerint (secundum Regni consuetudinem approbatam) úgy az öröklött, mint a bármiféle címen *szerzett birtokokból követelte anyjának negyedét* (. . . de possessionibus patris eorum hereditariis uel quocunque titulo conquisitis.⁶⁸⁾ Az alperesek itt azzal a kifogással éltek, hogy a negyedikövetelést már kielégítették,⁶⁹⁾ de az ítélettelvélt tartalma szerint nem tiltakoztak egy szóval sem az ellen, hogy felperes *a szerzett javakból is negyedet követeljen* és ezen követelés megalapozása végett *országos szokásra* hivatkozzék. Sajnos, az ítélet érdemi döntést nem tartalmaz, mert alperesek többszöri mulasztásuk miatt végül is elmakacsoltattak, azonban jogtörténetileg így is igen nagy értékkel bír. Mert habár a törvénykezési jog technikailag e korban még nem volt oly fejlett, mint ma, képtelenség lenne feltételezni, hogy az érsek a mulasztás következményeit kimondotta volna, *ha a felperes keresete a fennálló szokásjoggal nyilván ellenkezett volna*. És ép így nem lehet feltételezni azt sem, hogy ha a keresetbe vett jog és egyben azok a keretek is, amelyekben felperes azt érvényesíteni kívánta, a tárgyi jog szabályainak nem feleltek volna meg, azt az alperesek nem kifogásolták, az érsek pedig felperes jogállítását az idézett határozottsággal foglalta volna bele ítéletlevelébe. Az ellenkező kizárásának módszerével tehát ennek az ítéletnek az alapján csaknem biztosan következtethetünk arra, hogy *ha kezdetben lett volna is különbség a negyed szempontjából az ősi és a szerzeményi jószágok között, az Árpádkor utolsó évtizedei ezt a különbséget már nem ismerték*.

⁶⁸⁾ Wenzel: IX. 303. l.

⁶⁹⁾ „fratres sui dicebant, . . . de predicta quarta . . . per ipsos fore satisfactum et ideo se ipsos dicebant penitus ab inpeticione ipsius Symeonis absolutus“. Wenzel: IX. 303. l.

Röviden egybefoglalva tehát az Árpádkorra vonatkozó fejtegetéseinket, juttassuk kifejezésre az okleveles anyag tanulmányozása közben szerzett meggyőződésünket abban, hogy *az Árpádkorban a negyed minden valószínűség szerint a leányág törvényes öröklésének kizárólagos intézménye volt és minden birtokra nézve egyformán kiterjedt.* A negyedtől eltérő öröklés intézményes alakban ebben a korszakban még nem található fel, *a törvényes öröklés szabályaira tehát a birtok ősi vagy szerzeményi volta nem gyakorol befolyást.*

II. Az Anjou-kor okleveles anyaga ugyanezt a képet mutatja:

Zsámbéki Henard leánya, Aglent, 1327-ben az ország bevált szokása szerint atyja összes birtokából járó negyedéről („de quarta sua filiali ab omnibus possessionibus . . . de regni consuetudine sibi proveniente . . .”) nyugtatja fivéreit a budai káptalan előtt.⁷⁰⁾ *Balkáni István leányai* 1329-ben Péter somboni főesperes előtt procuratoruk útján azt terjesztik elő, hogy az ország bevált szokása szerint atyjuk minden birtokából követelik a negyedet („ . . . quod in omnibus possessionibus . . . patris ipsarum dominarum . . . quartam requirerent de consuetudine regni approbata“).⁷¹⁾ *Kozmafi András özvegye*, Mária, 1336-ban mindenből járó negyedét („ . . . quartam suam puellarem, sive filialem in omnibus et per omnia sibi debitam“) hagyományozza fivérének a kövi káptalan kiküldötte előtt.⁷²⁾ *Nekchei Demeter* kir. tárnokmester pedig ugyancsak 1336-ban már kifejezetten negyed címén szolgáltat ki több szerzett birtokot.⁷³⁾ *Komlósi Zenthus fia Miklós* 1339-ben az esztergomi káptalan előtt a természetjog és az ország szokása szerint minden birtokból járó leánynegyed fejében („ . . . pro quarta filiali de iure nature et de consuetudine regni . . . de universis possessionibus . . .

⁷⁰⁾ Nagy Imre: Anjou-kori Okmánytár: II. 339. 1.

⁷¹⁾ Anj. Okmt. II. 431. 1.

⁷²⁾ Anj. Okmt. III. 266. 1.

⁷³⁾ “ . . . duas possessiones suas acquisiticias . . . nobili domine filie sue Clara . . . pro quarta filiale iure perpetuo, item possessiones suas duas . . . primam acquisitionis titulo obtentam, aliam vero emittam . . . nobili domine filie sue Kathus . . . simili iure perpetuo pro quarta filiali dedisset et legasset possidendas et habendas“. Anj. Okmt. III. 277. 1.

et porcionibus possessionariis“) szolgáltat ki bizonyos birtokokat.⁷⁵⁾ *Wech unokája* Miklós comes, 1341-ben negyed címén az esztergomi keresztesek konventje előtt a szerzési címre való tekintet nélkül ruház át egyes birtokokat.⁷⁶⁾ *Szikszai Marhard* unokája 1342-ben az egri káptalan előtt nagyatyja minden birtoka után (de universis possessionibus possessionariis predicti Marhardi) fizeti ki a negyedét 60 márkával.⁷⁷⁾ *Szentkirályi Mois fia* Miklós 1347-ben az egri káptalan előtt azzal az indokolással adja ki a negyedét, hogy az a természetjog és az ország szokása szerint bárhol fekvő és bármint nevezendő (tehát nyilván valamennyi) birtokából jár leányainak,⁷⁸⁾ és az egyik leány kielégítését annak fia, *Beby Balázs*, 1352-ben az egri káptalan előtt, az ország szokása szerint, minden birtokot terhelő kötelezettség teljesítése gyanánt nyugtatja.⁷⁹⁾ És több-kevesebb stílusos eltéréssel ugyanezeket olvashatjuk egészen a XV. századig még számos más oklevélben,⁸⁰⁾ amelyeknek részletes idézését nem engedik meg tanulmányunk keretei. Ezek közül még csak egyet kívánunk kiemelni, *Bátori László nejének*, Annának, 1355-ben a váradi káptalan előtt tett

⁷⁵⁾ Anj. Okt. III. 541. l.

⁷⁶⁾ „... significamus, ... quod comite Nicolao et patruelibus suis ... coram nobis personaliter constitutis ... idem comes Nicolaus possessiones suas ... item alias possessiones suas seu porciones possessionarias ... quovis titulo per ipsum possedas ... nobili domine ... ratione quarte filialis ... dedisse ... “ A. Okt. IV. 86. l.

⁷⁷⁾ A. Okt. IV. 276. l.

⁷⁸⁾ „Volumus pervenire, quod comes Nicolaus propositum extitit, quod quia annotatus comes Nicolaus de possessionibus et porcionibus suis possessionariis ubilibet existentibus et quoquomodo vocitatis debito iure nature et de regni consuetudine quattuor filiabus suis ... quarta filiali ... tenere dignoscerentur, idem comes Nicolaus unam partem terre de porcione sua in ... possessione ... pro totali expeditione quarte filialis ... filiabus suis contulisset“. A. Okt. V. 26. l.

⁷⁹⁾ A nyugta a negyedről szól, amelyet Moys fia „de universis possessionibus et porcionibus possessionariis eiusdem Moysi, ... de huius regni consuetudine eidem domine in suam porcione cedere deberet“. A. Okt. V. 620.

⁸⁰⁾ A. Okt. VI. 178. (1354), VI. 255. (1354), VI. 385. (1355), VI. 522. (1356). Fejér: IX/4. 370. (1371), IX/5. 298. (1378), (1381), IX/7. 611. (1378), X/4. 840. (1409) stb.

bevallását, mely *az ősi és (egyéb) atyai birtokokból járónak* mondja a negyedét, midőn ezen a címen nyugtat egy fejemgyei birtokot.⁸¹⁾

Ezek az oklevelek két tényt bizonyítanak: Először, hogy az Anjou-korban a leánynegyed mindenféle birtokból egyaránt járt, az ősiekből ép úgy, mint a szerzeményiekből, mert az idézett kifejezéseknek minden kétséget kizárólag ez az értelmük. A negyedjog szempontjából tehát birtokjogunk ebben a korban *az ősiség törvénybeiktatása (1351)* dacára is még jó ideig egységesnek jelentkezik. *De bizonyítják másodszer azt is, hogy a leányoknak e korban csak negyed járt a pénzszerzeményi javakból is*, mert ama számos esettel szemben, amelyben valamennyi birtokból, tehát nyilván a szerzeményiekből is csak negyedét kérnek és kapnak a leányok, egyetlen egy olyan esetet sem tudunk kimutatni, ahol ezt meghaladó teljes örökrészt kaptak volna. A nőágnak a negyedét meghaladó öröklésére tehát még az Anjou-korban sincs adatunk.

III. A következő kor hatalmasan kiemelkedő jogi műterműve, Werbőczy hármaskönyve, mely egészen 1848-ig valóságos tengelyét képezte jogéletünknek, a XVI. század női örökjogát e tekintetben másként tünteti fel, mint a minőnek okleveles anyagunk alapján az előző századokban megismertük. Werbőczy szerint *csak a közszolgálatokkal szerzett*, vagyis *az adományi birtokból jár negyed, ellenben a vett birtokból* — vagyis a szorosabb értelemben vett szerzett vagyonból — *a leányok teljes örökrészt kapnak* (Hk. I. R. 6. c. 3—4. §.), mert az, mint a vételár reprezentánsa, ingó vagyonnak tekintendő, abban pedig a fiúk és a leányok egyenlően részesednek. (Hk. I. R. 19. c.)

Miután a Hármaskönyvet annak dacára, hogy alakilag törvénnyé nem válhatott, bíróságaink egészen 1848-ig törvény gyanánt alkalmazták, s a régi magyar *Curia (1723—1769)* az elébe került pereket még a XVIII. század második felében is *jórészt* annak alapján döntötte el, kétségtelen, hogy *a XVI.*

⁸¹⁾ „ . . . partim pro quarta sua puellari, quam iure et laudabile regni consuetudine exigente de possessionibus avitiis et paternis habere debuisse”. A. Okt. VI. 385. l.

században a szerzeményi birtok véglegesen kivált a negyed-jog köréből és ezen birtoknemre nézve a fiú- és a leányág között megvalósult az örökjog egyenlősége (*Aequalitas juris*). *A negyed pedig a leányág ingatlanokat illető öröklésének kizárólagos intézményéből a női öröklés egyik különleges fajává válik és csak bizonyos birtoknemekre szorítkozik.* Tartalmilag többé már nem is igen változik; a fejlődés súlypontja a quarta jog-intézményéről az egyenlő, vagy egyenlőtlen öröklés kérdéseire vagyis arra esik át, hogy mikor jár a leányoknak csak negyed és mikor teljes örökrész? Ezért ennek a kornak részletes feldolgozása nem is annyira a negyed, mint inkább az egyenlő öröklés körébe tartozik.

A Tripartitum idézett jogtétele tehát óriási jelentőséggel bír a női örökjog fejlődése szempontjából, a negyed történetére nézve pedig valóságos határkő, mert tartalmi fejlődését bezárja. Kérdés azonban, hogy ez a jogtétel mint egyeztethető össze a korábbi századok örökjogával, s mily fejlődési fázisok kötik össze azokat?

Jogtörténetünkben ez a kérdés eddig nem merült fel, mert irodalmunk az ősi és a *pénzszerzeményi* javak törvényes öröklésére nézve fennálló különbséget általában úgy tekintette, mintha az ősidőktől fennállott volna, vagyis feltételezte, hogy magánjogunk ebben a tekintetben Werbőczy koráig nem fejlődött és nem változott. Mi azonban okleveles anyagunk *beható tanulmányozása alapján*, mint előadtuk, arra a meggyőződésre jutottunk, hogy a fiú- és a leányágnak az a részleges — a *pénzen szerzett javakra vonatkozó örökjogi egyenlősége*, melyről először Werbőczy tudósít bennünket, történelmi fejlemény, mert az előző századokban minden birtokból, tehát a pénzszerzeményiekből is, csak negyedét kaptak a leányok. A kérdés tehát itt tárul fel először és bár szorosan nem tartozik keretei közé, tanulmányunk feladata lenne, hogy a feleletadást megkísérelje.

Annak azonban, hogy ezt a kérdést teljesen felderíthessük, és történelmi hitelességgel megoldhassuk, ez idő szűrét leküzdhetetlen akadályai vannak. A XV—XVI század okleveles anyaga ugyanis *tudvalevőleg igen kis részben van még csak összegyűjtve, amelynek alapján ítéletet alkotni nem lehet.*

Ez az anyag az átmenet legkisebb jelét sem mutatja és a negyedjognak teljes örökrészre való kiszélesbedésére nézve *semmi adatot sem nyújt a történetírónak*. Ezek az adatok benne rejtőzhetnek azonban a részben felkutatott, de ki nem adott, részben pedig még fel sem kutatott okleveleink hatalmas tömegében, amelyekhez a kutató a mai nehéz viszonyok mellett *kellő anyagi eszközök hiányában hozzáférni nem tud*. Részünkről azért ezt a kérdést ez idő szerint kikapcsolandónak tartjuk és addig, amíg az említett források felkutatása és feltárása alapján végleges ítéletet alkothatunk róla, a következőket kívánjuk csak megjegyezni.

Valószínű, hogy Werbőczy kora előtt már voltak esetek, amikor a pénzen szerzett birtokon a két ág egyenlően osztozott, s valószínűleg voltak oly bírói ítéletek is, melyek a két ág egyenjogúságát az ily birtokokra nézve jogszabály gyanánt elismerték. Werbőczy ugyanis határozottan kijelenti, hogy ő csak kodifikált, ellenben magának akkora hatalmat nem merészelt tulajdonítani, hogy új törvényeket hozzon, vagy betoldjon,⁸²⁾ s figyelemmel arra, hogy illet Werbőczy sok támadója közül nem is vetett egyetlen egy sem a szemére,⁸³⁾ — nem látszik megengedhetőnek az a feltevés, hogy Werbőczy, habár feltétlenül jogi meggyőződése szerint, de mégis a tényleg élő szokásjoggal szemben új jogszabályt alkotott volna. De viszont valószínű az is, hogy a szokásjognak ez a tétele még nem igen lehetett egészen megszilárdulva, s a törvénykezési gyakorlat sem volt erre nézve teljesen kialakultnak mondható. Feltűnő ugyanis, hogy Werbőczy a Hk. I. r. 13. fej. 1. §-ában mily erősen indokolja ezt a jogszabályt,⁸⁴⁾ amire alig lett volna

⁸²⁾ „Nemo autem id sibi persuadeat, me tantum mihi authoritatis vindicasse, ut *novas aliquas leges afferre ac superaddere* fuerim ausus: sed ea duntaxat, *quae a maioribus meis accepi*, quaeque observari in pertractandis judiciis . . . vidi, audivi, didici, in *unum quasi volumen contuli ac digessi*“. Trip. Praef.

⁸³⁾ L. Illés: Bevezetés a magyar jogtörténethez. 150. l.

⁸⁴⁾ „ . . . ne . . . a successionem rerum et bonorum paternorum penitus exclusae viderentur, fraternus amor et dilectio filiorum qua erga sorores afficiuntur, et jure quoque divino affici tenentur, permisit, filias, portiones congruas, perennali jure cum eis pariter, de praenatalis bonis ac juriis possessionariis emptitiis habere et onera bellorum tutelamque

szükség, ha az már mély és eltéphetetlen gyökereket eresztett volna a magyar jog televényébe. Hogy azonban ez a feltevés mennyiben felel meg a történelmi igazságnak, azt a jövő diplomatikai kutatása lesz hivatva felderíteni.

4. §. A negyed kihasítása.

I.—II. Említettük, hogy az *ősi magyar* birtokjogi felfogás a földbirtokot a család elidegeníthetetlen és csorbíthatatlan örök tulajdonául tekintette, mely elv alól csak a gyakorlatban feltétlenül szükséges esetekben engedett kevés kivételt. A család azonban — ép úgy, mint ma — csak a fiágban élt tovább, a leányok a férjhezmenéssel örökre idegen család körébe jutottak. A régi magyar birtokjog ezért, mint láttuk, eleinte a földbirtokból teljesen ki is zárta a leányokat, utóbb azonban a negyedjog statuálásával enyhített alapvető elve szigorúságán. De a dolog természetéhez képest igyekezett ezt a jogintézményt összeegyeztetni hivatkozott alapfelfogásával és ezért a leányok kielégítésére oly módot keresett, hogy általa a család birtokállománya lehetőleg minél kisebb csorbítást szenvedjen.

Ennek a törekvésnek szükségképen ahoz az elvhez kellett volna vezetnie, hogy a negyed ne természetben, hanem minden egyes esetben kizárólag pénzben (esetleg egyéb ingókban) adassék ki. És mégis a *negyed sohasem vált feltétlen és kizárólagos pénzköveteléssé!*

Amikor az utolsó Árpádházi király, III. András 1291-ben (Szabó Károly szerint 1290-ben) újból összeírta és megerősítette a nemesek, valamint a szászok régi kiváltságait, biztosította őket az ellen, hogy birtokaikba idegen *akár hozomány, akár negyed címén* bejuthasson. *De pénzköveteléssé azért nem tette a negyedet,* — mint egyesek tévesen hiszik — hiszen a kielégítés módjáról egyáltalában nem rendelkezett, hanem mindössze azt a jogot adta meg a család férfitagjainak, hogy a férjhez ment leánytól a netalán korábban természetben kiadott

patrie hac in parte maritis ipsarum imposuit peragere, atque supportare.
Trip. Pars. I. Tit. 19. §. 1.

negyed *visszavásárolhassák*.⁸⁵⁾ A negyed kiadásának módját tehát ebből a dekretumból nem is ismerhetjük meg, hanem avégből a szokásjoghoz kell fordulnunk.

Az első, ami okleveles anyagunk tanulmányozása közben erre vonatkozólag figyelmünkbe ötlük, az a jogtörténeti tény, hogy a visszavásárlási jog eleinte feltűnő ritkán érvényesült. a negyedjog pénzbeli természete tehát az Árpádkorban még nem igen lehetett kialakulva a nemzeti köztudatban. A törvénykezési gyakorlat ugyan legalább férjes nőkkel szemben ilyennek tekinthette, mert olyan bírói döntésről, mely férjes nőknek is természetben ítélte volna meg a negyedet,⁸⁶⁾ nincs kétségtelen tudomásunk,⁸⁷⁾ ellenben 1385-ben egy nádori ítélet is kimondja, hogy a férjes nő a negyedet csak pénzben követelheti.⁸⁸⁾ Egyébként azonban a törvénykezési gyakorlat még az Anjou-korban sem zárkózott el a negyed természetbeni megítélésétől,⁸⁹⁾ arról tehát, hogy a negyedjog tiszta pénzkövetelés lett volna, a szokásjog ismerete mellett szó sem lehet.

⁸⁵⁾ „... In possessiones Nobilium seu Saxonum ... non possit introire extraneus ratione dotis, aut ratione *quartae filiabus* debitae. Sed heredes decedentium vel proximiores de generatione sua *redimant eas secundum extimationem iustam Regni nostri consuetam*“. Fejér: VII/2. 139. l. Art. 36.

⁸⁶⁾ IV. Béla királynak Poth leányai negyede tárgyában hozott fent közölt ítélete itt nem jöhet figyelembe, mert nyilván elévülés okából utasította el a visszavásárlási igényt.

⁸⁷⁾ Kizártnak azonban még ezt sem lehet tekinteni, mert pl. Mortunus özvegyének 1296-ban a Karasha faluból való Barnabás természetben adta ki a negyedet az esztergomi érsektől — bizonyára a természetbeni követelés jogossága tekintetében támadt vita miatt Tyburcius comeshez áttett perben a comes által hozott ítélet alapján. Hazai Okmt. VI/28. V. ö. Wenzel III. 281. l. Az itt közölt esetről csak az a kétséges, vajjon a leányok már a negyed kiadásakor is férjesek voltak-e, mert az oklevélből házas voltukat csak az eladás időpontjára nézve lehet megállapítani.

⁸⁸⁾ „... dominam Claram relictam Thome eandem verbo Regio admonuissent: ut ipsa quartam suam filialem cum pecunia recipere deberet“. Fejér: X/8. 193. l.

⁸⁹⁾ Pl.: Anj. Okmt. VI. 401. l. Hogy az itt szereplő leányok még nem voltak férjnél, azt abból lehet következtetni, hogy férjeik az oklevelekben megemlítve nincsenek, holott a férjes nőknél a férj megnevezését a középkori oklevélstilus soha sem szokta elmulasztani.

Ha pedig a tényleges szokást, az eleven jogéletet nézzük, úgy arról kell meggyőződnünk, hogy *a XV. századig még a férjes nőkkel szemben sem tekintetett a negyed kizárólag pénzkövetelésnek.* Okleveles anyagunk ugyanis világosan tanúsítja, hogy *a negyedet egészen a XV. századig gyakran adták ki természetben⁹⁰⁾ és pedig számos esetben férjes asszonyoknak, sőt azok örököseinek is.* Hogy csak néhány példát említsünk, így kapja negyedét *Dumasa neje*, Mortunus leánya 1243-ban,⁹¹⁾ *Isou neje*, Dénes leánya 1244-ben,⁹²⁾ *Chakani Balzsam asszony és Iwan felesége*, Gyula mester leánya, 1265-ben,⁹³⁾ *András fia Endre nővérének jogán ennek gyermekei* 1268 előtt,⁹⁴⁾ *Barleus neje*, Myske comes leánya, Gyung, 1276-ban,⁹⁵⁾ *Márkus mester felesége* 1295-ben,⁹⁶⁾ *Gelybi Ádám és Mortunus özvegye* 1296-ban,⁹⁷⁾ *Machia comes neje*, Ilona (végre rendelkezett róla 1298-ban),⁹⁸⁾ *Dózsa nádor nővérének jogán fia*, Erdődi Miklós 1322-ben⁹⁹⁾ *Csirke Dénes* 1322-ben *nagyanyja*,¹⁰⁰⁾ *Menosdi Ágoston* 1323-ban *nejének anyja*,¹⁰¹⁾ *Nekchei Demeter* kir. tárnokmester 1336 előtt,¹⁰²⁾ *Keménfi Mihály* 1333-ban,¹⁰³⁾

⁹⁰⁾ Fejés: IV/2. 517. l. (1259), V/2. 364. l. (1276), V/1. 268. l. (1293), IX/4. 616. l. (1374), IX/7. 601. l. (1378), X/3. 7. l. (1383) X/7. 144. l. (1429). Wenzel: VIII. 132. l. 133. l. (1265), III. 194. l. (1268 előtt), XII. 589. l. (1296), XII. 627. l. (1298), Hazai Okmt. VII. 28. l. (1243), IV. 30. l. (1244), I. Anjoukori Okmt. II. 45. l. (1322), II. 49. l. (1322), II. 52. (1322), II. 57. l. (1322), III. 277. l. (1336), III. 286. l. (1336), III. 541. (1339), IV. 86. (1341), IV. 155. l. (1341), IV. 391. (1344), IV. 449. l. (1347), V. 26. l. (1347), V. 532. l. (1351), V. 555. l. (1352), V. 622. l. (1352), VI. 104. l. (1353), VI. 255. (1354) stb.

⁹¹⁾ Hazai Okmt. VII. 28.

⁹²⁾ Hazai Okmt. IV. 30. l.

⁹³⁾ Wenzel VIII. 132. l. 133. l.

⁹⁴⁾ Wenzel III. 194. l.

⁹⁵⁾ Fejér: V/2. 364. l.

⁹⁶⁾ Fejér: VI/1. 268. l.

⁹⁷⁾ Wenzel: XII. 529. l. H. Okmt. 418. l.

⁹⁸⁾ Wenzel: XII. 627.

⁹⁹⁾ Anj. Okmt. II. 45. l.

¹⁰⁰⁾ Anj. Okt. II. 57.

¹⁰¹⁾ Anj. Okt. II. 96.

¹⁰²⁾ Anj. Okmt. III. 277. l.

¹⁰³⁾ Anj. Okmt. III. 286. l.

István fia Miklós 1339-ben édesanyjuk jogán,¹⁰⁴⁾ *Gyula fia János neje*, Scolastica 1341-ben,¹⁰⁵⁾ *Turucz Fekete András fia Miklós* 1344-ben és Beke hasonlóképen anyjuk jogán,¹⁰⁶⁾ *András fia György neje*, Ilona, 1351-ben,¹⁰⁷⁾ stb. Ezek között a nevek között nem egy olyat találunk, amelynek viselője birtoktalan ember nem lehetett, a természetbeni kiszolgáltatást tehát nem lehet azzal a kivételes ténnyel magyarázni, amelynek fenforgása esetében a későbbi jog is megadta a leányoknak a negyed természetbeni követelhetésének jogát (hogy t. i. birtoktalan emberhez mentek feleségül). Szép számmal látunk közöttük leányági örökösöket, akik vér szerint már teljesen elszakadtak anyjuk családjától és mégis természetben kapják meg anyjuk jogán a negyedet. Nyilvánvaló tehát, hogy *a szokásjogban jelentkező hallgatag jogi meggyőződés a XV. századig a férjes nőkkel szemben sem tekintette a negyedet természeténél fogva pénztartozásnak.*

Ennél a ténynél lehetetlen a történetírónak meg nem állni egy pillanatra, mert a kérdőjel, mely szemei elé rajzolódik, egész jogtörténetünk szempontjából kiváló fontossággal bír. Vajon mi lehet az oka annak, hogy a családi vagyon csorbíthatatlanságához olyannyira ragaszkodó birtokjogi felfogás dacára sem vált a negyed tiszta és feltétlen pénzköveteléssé?

Ennek okát, nézetünk szerint, nem elegendő abban keresni, hogy a nemzet akkor még, amikor a negyed jogintézménye kifejlődött, csak küszöbén állott a pénzgazdaságnak és így a negyed megváltásához szükséges *készpénz legtöbbször nem állhatott* az illetők rendelkezésére. Az Árpádkorra nézve talán még elegendő lenne ez a magyarázat, — az egyik bár nem negyedet, hanem hozományi dolgokat kiadó oklevélben olvasuk is, hogy a fiúörökös a szükséges pénzüsszeget nem tudja megfizetni és ezért ad át anyjának négy falut,¹⁰⁸⁾ — és az a

¹⁰⁴⁾ Anj. Okmt. III. 541. l.

¹⁰⁵⁾ Anj. Okmt. IV. 155. l.

¹⁰⁶⁾ Anj. Okmt. IV. 391. l.

¹⁰⁷⁾ Anj. Okmt. VI. 104. l.

¹⁰⁸⁾ „... dotalicia sua et res secum adductas . . . mille marcarum extimarunt. Qui idem comes Buken recognoscens se, quod de propriis suis tantam summam pecunie unde solvere non habuisset, quatuor villas suas...

körülmény is támogatja ezt a magyarázatot, hogy nem egy esetben pénz helyett más ingókat (szolgákat és ruhákat)¹⁰⁹⁾ kapnak a leányok negyed fejében. De a negyed *természetbeni kiharítása*, mint láttuk, divott az Anjou-korban is, amelynek pedig rendezett pénzviszonyai és elég virágzó pénzforgalma volt, — csupán a pénzziánnyal tehát alig lehet ezt a jelenséget kellően megmagyarázni.

Az igazi okok, szerintünk, sokkal mélyebben gyökereznek és abban a magánjogi alapgondolatban keresendők, mely az ősi magyar birtokjog rendszerét megalkotta és csaknem változatlanul közel ezer éven át eredeti tartalmában fentartotta.

Ezt az alapgondolatot a következőkben véljük megvilágítani:

A honfoglaláskor minden nemzetség tudvalevőleg szállás címén földbirtokot kapott, amelyben az egyéni tulajdon kialakulásával minden szabad magyar osztály révén birtokhoz juthatott, birtoktalan osztályt tehát a magyar nemzet elvileg nem alapított. Ezen osztály kialakulását azonban, itt nem részletezhető okok miatt, még sem kerülhette el és az öntudatos jogalkotás körén kívül eső tényezők a rendi különbséget eredetileg nem ismert ősi jogot osztályjoggá szűkítették. Eként egy kiváltságos rend, az u. n. nemesség, állott elő, amely az eredeti magyar gondolkodástól idegen, kiváltságos helyzetét később, Werbőczy korában, aként igyekezett magyarázni, hogy magát *egészben* a honfoglaló ősöktől származtatta, viszont *a nemzet többi társadalmi rétegét általában mint idegent* kezelte. A szabad birtokhoz való jog, mely a középkor különleges felfogása szerint a többi kiváltságához való jogot is magában foglalta, miután azok mind a szabad birtokhoz kapcsolódtak — eszerint a felfogás szerint *a honalapítás tényéből ered*, s a birtoktalan osztályok birtoktalan volta annak következménye, hogy *a nemzet honalapító munkájában részt nem vettek*. Hogy ez a felfogás a X—XII. században mily általános volt, annak legteljesebb bizonyítéka *Anonymus* krónikája, amely a honfoglalást —

domine matris sue . . . dixit se statuisse et statuit coram nobis in perpetuum et irrevocabiliter possidendam". Wenzel: VII. 535. l.

¹⁰⁹⁾ Hazai Okmt. VII. 51. l. (1256), VII. 182. l. (1283). Fejér: VII/3. 94. l. (1290).

részben kétségkívül a hűbériség hatása alatt — *valósággal magánjogi tényként beszél el* és a vérszerződés 2. pontjába — mintegy alaptörvény gyanánt — a földhöz való jogot a nemzet minden egyes tagjára beiktatta.¹¹⁰⁾ Minthogy pedig ebben a korban a földbirtok centruma volt mindannak, ami az emberre nézve értéket *jelentett*, mert *vele járt a szabadság*, a személyi és dologi biztonság, az anyagi jólét és a társadalmi szerep, bátran állíthatjuk, hogy *a régi magyar birtokjogi fel-fogás akkor, amikor elyben elismerte a földhöz való jogot, akkor voltaképpen az emberhez méltó élet jogát ismerte el*, közel járva ahoz a fogalomhoz, melyet a munkához való joggal jelöl korunknak szociális irányú társadalompolitikája. Ez az alap gondolat, mely veres fonálként végig vonul régi birtokjogunk egész rendszerén, ősi magánjogunkat aként fejlesztette ki, hogy a birtokos osztály az elbirtoktalanodástól — modern szóval azt mondhatnók, az elproletarizálódástól — a lehetőséghez képest védve legyen, vagyis *egzisztenciája benne megfelelő otthonra találjon*. Így jön létre a földbirtok megkötöttsége, amely az ősi vagyont nemzedékről nemzedékre csorbitatlanul megőrzi és ezáltal a honszerzők legkésőbbi leszármazóinak is biztosítja mintegy a honalapítás, majd később egyéb, utóbb szerzett hazafiui érdemek jutalmául az egyéni boldogulást.

Ép a leánynegyed kihalásának története bizonyítja legfényesebben, hogy az ősi magyar birtokjog vezéreszméjét helyesen látjuk ebben a gondolatban. Ha családiasság, amely valóban átfogta egész régi vagyongyűjtőjüket, és a földbirtoknak vele összefüggő megkötöttsége nem csupán eszköze, technikai kivitele lett volna annak, hogy a jogrendszer regeneratív erejével a nagy nemzettest minden egyes sejtjéhez elérhessen, hanem akár mint a vérközösség merőben érzelmi kultusza, akár mint pusztán tradicionális emléke a törzsi szervezetben élt nemzeti tulajdonnak, az öncélúság erejével nyert volna tért jogrendszerünkben, úgy lehetetlen volna magyarázatot találni arra nézve, hogy ezt az évszázadok folyamán annyira megszilárdult elvet és tradíciót miként törhette át oly következetesen a negyed kihalásánál a leányok örökjoga?

¹¹⁰⁾ „Ut quiquid boni per labores eorum acquirere possent, nemo eorum expers fieret“. A. G. H. VI.

Ennek a jelenségnek, nézetünk szerint, csak egy magyarázata lehetséges: hogy *a családi birtok csorbitatlanságának elve és tradicionális ereje ennél a kérdésnél egy nálánál nagyobb erővel került szembe*, mely a természet törvényei szerint azután rést ütött rajta az ütköző pontokon. És ez az erő, mely az ütközés eredménye szerint ime nagyobbnak bizonyult amannál, szembeszökőleg ősi magánjogunknak abban az alapelvében jelentkezik, mely a birtokos osztályt az anyagi és társadalmi sülyedés eshetőségeitől védeni kívánta. Hiszen az ingó és a pénzvagyonnak az ingatlan javakénál sokkal alárendeltebb szerepe és jelentősége folytán a családi birtokból való teljes kirekesztés az anyagi jólétet és a társadalmi szerepet még a megváltás formájában is veszélyeztette, a negyednek következetes készpénzbeli kifizetése tehát a mondott alapelvet sértette volna. *A két eszmének a viszonyát élesen megvilágítja összeütközésük eredménye: ott, ahol a földbirtok megkötöttségének merev keresztülvitele az egyénről való egzisztenciális gondoskodás elvét sértette volna, az előbbi engedett és ezáltal magánjogunk szelleme elismerte az utóbbi prioritását.* Eként igazolja a negyed kihasításának története azon korábbi állításunkat, hogy régi jogunk családias jellegét és a vele szorosan összefüggő ösiséget nem szabad öncélnak tekintenünk, mert ez az elv, illetve jogintézmény, végső elemzésben csak eszköze gyanánt jelentkezik egy magasabb gondolatnak, amelynek eszméi tartalmát az egzisztenciális védelem kifejezésével találtuk leghűbben megjelölhetőnek.

A mód is, ahogyan a törvényhozás a két elvet összeegyeztette, világosan erre a felfogásra mutat. A kihasítás terén divó különböző szokásokat ugyanis az 1435. évi II. dekretum (Zsigmond VI. végzése) a következőkép foglalta egybe:

1. *A leányok számára, országunk szokása szerint, leány-negyed fejében különítsék el az apai házat az apai birtokok negyedrésszel együtt, s hagyják őket kiházásításuk idejéig azoknak birtokában* (19. cikk).¹¹⁾ A törvény itt nyilvánvalóan

¹¹⁾ „Filiabus vero usque tempus emaritationis earum domus paterna cum quarta parte possessionum paternarum, pro quarta filiali secundum consuetudinem regni nostri sequestretur et possidenda reliquatur“. Decr. II. anni 1435. Art. 19.

kompromisszumot hozott létre a családi birtok csorbíthatatlanságához és a negyed természetbeni kihasításához fűződő érdekek között; az előbbiekre való tekintettel nem iktatta törvénybe feltétlenül a természetbeni kielégítés jogát, de viszont az utóbbiakra figyelemmel ideiglenesen biztosította azt addig az ideig, amíg a megóvandó érdekek más biztosítékot nem találnak. A férjhezmenetel ugyanis rendszerint véglegesen biztosította a leányoknak úgy anyagi helyzetét, mint társadalmi állását, *a pénzbeli kielégítés elvének tehát a férjhezmenetel után szabad érvényesülést* engedhetett. Ezért a 20. cikk bevezető része további szabályul azt rendelte, hogy:

2. *Kiházasításuk és férjhezmenésük után pedig negyed-jogukra nézve pénzzel elégtésék ki őket.*¹¹²⁾ Minthogy azonban előfordulhatott az is, hogy a leányok birtoktalan emberhez mentek férjhez és ily esetben férjhezmenetelük sem anyagi helyzetüket, sem társadalmi állásukat nem biztosította, az idézett cikk 1. §-a nyilvánvalóan a birtokos osztályhoz tartozás megóvása és az alsóbb néposztályok közé süllyedés megakadályozása végett ily esetben *a természetbeni kihasítást örökös hatállyal* ruházta fel a következőkép:

3. *Ha pedig ama leányok közül valamelyik olyan emberhez ment férjhez, akinek birtoka nincsen, akkor annak, ugyancsak országunk szokása szerint, az ilyen leánynegyed fejében járó birtokba örökös joggal kell belépnie és benne maradnia.*¹¹³⁾ Ez a rendelkezés világosan elébe helyezi a család, mint összesség, érdekének a hozzája tartozó egyének külön egzisztenciális érdekét és ezáltal kétségtelenül bizonyítja, hogy a birtokkötöttség a családot nem mint absztrakt fogalmat, hanem mint élő emberek természetes egyesülését a hozzátartozó egyének érdekében, nem pedig merő érzelmi és tradicionális okokból oltalmazta.

¹¹²⁾ „Postquam vero maritatae et introductae fuerint: de earum jure quartalio pecuniaria solutione mediante satisfiat“. Art. 20.

¹¹³⁾ „Ubi autem aliqua ex ipsis filiabus homini inpossessionato maritata fuerit, dictante eadem regni nostri consuetudine in perpetuo jure et dominio hujusmodi quartae filialis possessionariae, succedere debet et remanere“. Art. 20. §. 1.

4. *Úgy mindazonáltal, hogyha fivéreinek, vagy azoknak a rokonoknak akaratából* (mint említve volt) *ment birtoktalan emberhez, akikre az ilyen jogoknak vagy negyedeknek az ő férjhezmenetele után visszaszállniok és háramlaniok kell,*¹¹⁴⁾ (2. §.) *máskülönben* ha ezt mondott fivéreinek, vagy vérrokonainak, avagy szüleinek híre és akarata nélkül tette, akár az atyai házból, akár a bárók, vagy előkelő nemesek udvarából és szolgálatából: akkor *negyedjogát nem birtokban, hanem pénzben követelheti.* (3. §.)¹¹⁵⁾ Ezt a *megszorítást a csoládi tekintély tisztelete kívánta* meg és talán az a körülmény is, hogy általa az ilyen — a kor felfogása szerint *épen nem kívánatos* — *házasságok* száma lehetőleg korlátoztassék és a leányok az ily elhamarkodott és könnyelmű lépésektől, azoknak egész életükre kiható következményeinek megfontolásával bizonyos mértékben visszatartassanak.

Az 1435:II. dekretum bizonyos nyugvópontot jelent a leánynegyed történetében, benne jelentkezik először egységes és részletes szabályokkal és ezek a szabályok négy évszázadon át *változatlanul megmaradtak*, mintha a jogalkotás az intézmény örök *tengelyeinek szánta volna* azokat. Nem lesz tehát érdektelen ezt a nagyjelentőségű, országos végzeményt rövid visszapillantás keretében összehasonlítani a korábbi jogszokással:

a) A negyedjog terjedelmére nézve a dekretum semmiféle rendelkezést nem tartalmaz, abban a fent tárgyalt kérdésben tehát, hogy a szerzett birtok a negyedjog körébe tartozott-e, nem siet a kutató segítségére. Minthogy azonban a birtokok között a szerzés módjára nézve világosan különbséget nem tesz, s általában csak az atyai birtokokról beszél, amelyek alatt

¹¹⁴⁾ „Ita tamen, quos si ipsa de voluntate et consensu fratrum seu consanguineorum suorum, in quos: post ipsius matrimonium huiusmodi jura seu quartalitia, reverti et redundari deberent, homini (ut praeiuratur) inpossessionato nupserit“. Art. 20. §. 2.

¹¹⁵⁾ Alioquin sive de domo paternali, sive de de curiis et servitiis baronum seu majorum nobilium dictis suis fratribus seu consanguineis aut parentibus irrequisitis et nolentibus id fecerit: jus suum quartalitium non cum possessione, sed cum satisfactione pecuniarum requirendi habet facultatem“. Art. 20. §. 3.

pedig az ősieken kívül a szerzett jószágok is érthetők, némileg az előző fejezetben részletesen ismertetett azon álláspontunkat látszik támogatni, hogy a negyedjog ebben a korban még minden birtokra kiterjedt.

b) A kielégítés módját illetőleg a dekretum nem pusztá compilációnak, hanem öntudatos jogalkotásnak látszik, mely a korábban divó szokást több tekintetben módosíthatta. A 19. cikknek az a rendelkezése, hogy férjhezmenetelükig feltétlen joguk van a leányoknak a *természetbeni birtokláshoz*, a korábbi szokásjoggal szemben határozott ujításnak látszik, mert okleveles anyagunkban eddig nincs semmi adat arra nézve, hogy ezt, mint jogot a szokás azelőtt elismerte volna. A negyed természetbeni kihalása mellett sűrűn előfordul a korábbi századokban a pénzbeli kielégítés is, sőt úgy tetszik, mintha a nemzet, az ellenkező gyakorlat mellett is, tudatában lett volna annak, hogy a szigorú jog szabályainak inkább ez felelne meg. A természetbeni kiadás kapcsán ugyanis gyakran történik hivatkozás a *testvéri* szeretetre, mintha — az előadott okoknál fogva — méltányosabb természetbeni kiadásra a szigorú joggal szemben ez indítaná a fiúörököst.¹¹⁶⁾ Hasonlóképp új jogszabály erejével hat az a rendelkezés, hogy a 20. cikk 1. §-ában említett eset kivételével férjhezmenetelük után viszont *feltétlenül pénzben elégitendők* ki a leányok, habár formailag ez csak ismétlése volt az 1290 évi dekretum hasonló rendelkezésének, mert, amint láttuk, ezt a dekretumot a szokásjog nem igen recipiálta, s a visszaváltási jog a XV. századig feltűnően ritkán gyakoroltatott.

c) Ellenben a 20. cikk 1. §-a, mely a régi magánjogi gondolkodásunkra oly jellemző kivételes rendelkezést tartalmazza, úgy látszik, korábban is élt szokásjogunkban. Legalább erre mutat *Zeech Miklós* nádornak egy 1385-ben kelt ítéletlevele, amelyben olvassuk, hogy bizonyos Lukácsi nemesek beperelték nővérüket az általa negyed címén birtokolt ingatlanok visszabocsátása iránt és utóbbi azzal védekezett, hogy *birtoktalan emberhez ment nőül, tehát természetbeni kielégítésre joga-*

¹¹⁶⁾ Pl.: Anj. Okmt. VI. 104. (1353), 539. (1357), 576. (1357) stb.

sult.¹¹⁷⁾ Az ítélet csaknem félszázaddal a dekretum kiadása előtt egészen annak szellemében dönt: Miután megállapítást nyert, hogy a leány férje birtokos volt és nem birtoktalan, ki-mondotta, hogy negyedének pénzbeli kifizetésével megelégedni köteles.¹¹⁸⁾

d) Új szabály lehet a 19. cikk azon rendelkezése is, hogy az *atyai háznak a hajadon leányok* negyedébe kell esnie, mert a korábbi szokásjogban erre nézve semmi adatot sem találunk. Ez valószínűleg összefüggésben van az ekkor már meglehetősen kifejlődött özvegyi joggal, mely tudvalevőleg régi szokás szerint kiterjed az ősi ház birtokára nyilvánvalóan azért, hogy az özvegy továbbra is ott maradhasson ugyanabban a házban és lakásban, ahová életének legkedvesebb emlékei fűzik. A dekretum a családayának ezt a kedvezményét kiterjesztette a hajadon leányokra is, ami mindenesetre törvényhozásunk emelkedett gondolkodására vall.

e) A legnagyobb változást azonban a dekretum a visszaválthatás jogának törvénybeiktatásával eredményezte, amiről a következő szakaszban fogunk szólni.

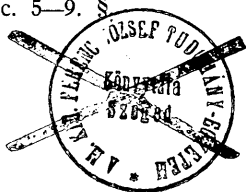
III. Az 1435:II. dekretum rendelkezéseit megismételték az 1486 és 1492 évi dekretumok¹¹⁹⁾ és azokat Werbőczy a Hár-maskönyvbe is beiktatta,¹²⁰⁾ úgy hogy a kihasítás ismertetett szabályai lényeges változás nélkül egészen 1848-ig hatályban maradtak. Miután ebben a — tanulmányunk beosztása szerint — harmadik jogtörténeti korszakban a női örökjog fejlődésének súlypontja a negyed jogintézményéről, mint előadtuk, át is terelődött a rendes (egyenlő) és a negyedre korlátozott (egyenlőtlen) öröklés kérdéseire, a negyed kihasításának története az

¹¹⁷⁾ „... Domina relictā Tohme ... allegasset primo: Quod ipsa dicto Thome homini ignobili et inpossessionato copula extitisset et ex eodem unam filiam genitam haberet, unde sibi Jus suum quartale de predictis portionibus paternis cum possessione deberet provenire“. Fejér: X/8. 193. l.

¹¹⁸⁾ „... Quod condam Thomas, filius Petri maritus videlicet unius predictarum dominarum filiarum Pauli in dicta possessione Sauli homo nobilis et possessionatus extitisset, ... dominam Claram, relictam Thome eandem verbo Regio admonuissent, ut ipsa quartam suam filialem cum pecunia recipere deberet“. Fejér: Uo.

¹¹⁹⁾ 1486:26. c. 9—13. §. 1492:63. c. 5—9. §.

¹²⁰⁾ Hk. I. R. 29. c. 5—9. §.



1435 évi II. dekretummal, illetve a Hármaskönyvvvel befejezettnek tekinthető.

5. §. A negyed visszaválthatása és hárulása.

I. A tanulmányunk során eddig idézett oklevelekből már látható, hogy az *Árpádkorban a negyedet*, ha természetben adták ki, azt *örök és visszavonhatatlan birtokul* kapták a leányok. „Dedit . . . tradidit . . . contulit . . . reliquit . . . possessionem irrevocabiler . . . perpetuo possidendam“ vagy „Iure perpetuo habendam“, „filiabus ac earum posteritatibus successivis“, „per quempiam nullatenus repetendam“ — olvasuk csaknem valamennyi oklevélben,¹²¹⁾ s nem egy helyütt olvassuk azt is, hogy a fiúörökös, aki a negyedet természetben adta ki, védelmet ígér a leánynak arra az esetre, ha utódai, vagy rokonai közül valaki emiatt megtámadná.¹²²⁾ Kétségtelen tehát, hogy az *egyszer természetben* kiadott negyed *visszaválthatása az 1290 évi dekretum kiadásáig*, tehát az *Árpádkor utolsó évtizedéig* ismeretlen volt jogunkban.

II. Az 1290 évi dekretum, mint láttuk, az oklevelekből megismerhető tényleges szokás ellenére a természetben kihalított negyedet arra az esetre, ha *a leány férjhez ment, visszaválthatónak mondotta ki*. A szokás ereje azonban, úgy látszik, nagyobb volt a dekretumnál, legalább erre mutat egyrészt az a körülmény, hogy az ősiség behozataláig az Anjou-kor okleveleinek hatalmas tömegében is alig találunk esetet arra nézve, hogy a fiág visszavásárlási jogával élt, vagy élni akart volna,¹²³⁾ másrészt az a tény, hogy e kor okleveleiben is sűrűn előfordulnak a negyed kiadásánál az olyan kifeezések („... domine et per eam suis heredibus . . . heredumque suorum successoribus . . . habendam irrevocabiler et tenendam . . . jure

¹²¹⁾ Wenzel: III. 194. I. V. 15. II. VII. 183. I. IX. 165. I. XII. 589. I.

¹²²⁾ „... obligantes se nihilominus, quod si ullo unquam tempore per aliquem vel per aliquos dicta domina super ipsa terra . . . impediretur, ipsi eandem expedire teneretur suis propria sumptibus et expensis“.
Wenzel: VIII. 132. I.

¹²³⁾ Egy ilyen eset: A. Okm. IV. 423. (1344).

perpetuo . . . possidendam . . . contulit possessionem“ stb.¹²⁴⁾ amelyek világosan bizonyítják, hogy a negyed az ösiség törvénybeiktatásáig ebben a korban is rendszerint *örök birtokul kapták a leányok*. Végül számos esetben látjuk azt is, hogy a leány a negyed címén kapott birtokot harmadik személyeknek bevallja,¹²⁵⁾ amiből szintén arra kell következtetnünk, hogy a visszavásárlási jog a valóságban nem igen terhelhette azokat.

A változás azonban még az Anjou-korban bekövetkezett és valószínűleg az ösiség hatása alatt jött létre. A szent korona feltétlen háramlási jogának a törvénybeiktatása ugyanis *csaknem semmire redukálta az ingatlanok forgalmát* és ez a körülmény, talán azon tudat folytán, hogy a családi birtok elvesztésével a különös kegy formájában jelentkező királyi adomány esetét kivéve, másik birtok szerezhetésére remény és kilátás alig volt, jelentékenyen emelhette a családi birtokok becstét. Így történhetett, hogy *a szokásjogban a szent korona háramlási jogával szemben ahoz hasonlóan egy szűkebb háramlási jog kezdett a fiúg javára a leányággal szemben kialakulni aként, hogy a családi birtokból negyed, vagy általában női vagyon címén a leányág részére kihasított birtok annak magvaszakadtával visszaszállt a fiúágra*. Ezt a jogot eleinte, úgy látszik, a negyed kiadásánál jogügyleti kikötéssel biztosították, mint azt *Meggyesi Móric leányának*, Annának, 1351 évi bevallásában¹²⁶⁾ és *Rhédei Jakab leánya* jegyesének, Zudar Istvánnak, 1352 évi kötelezvényében olvassuk.¹²⁷⁾ Az ily kikötésben már kétséggkívül benne-

¹²⁴⁾ Anj. Okmt. I. 69. (1303), I. 75. (1304), I. 169. (1309), II. 57. (1322), III. 466. (1338), 541. (1339), IV. 86. (1341), V. 26. (1347), 532. (1351), 622. (1352), VI. 255. (1354), 374. (1335), 539. (1357), 576. (1357). Fejér: IX/7. 607. (1378) stb.

¹²⁵⁾ Anj. Okmt. I. 184. (1309), I. 207. (1310), II. 428. (1329), III. 234. (1335), 266. (1336), 274. (1336), 277. (1336) stb.

¹²⁶⁾ „ . . . tali vinculo per partes assumpto, quod si ipsa domina . . . vel sui heredes utriusque sexus solatio destituerentur liberorum extunc memoratum castrum et possessiones superius nominate in jus et proprietatem eiusdem magistri Simonis vel suorum successorum non obstante aliquo litis intermedio revolverentur possidende“. Anj. Okmt. V. 532. (Ugyánaz VI. 104. l.)

¹²⁷⁾ „ . . . si ipsum vel dictam domicellam coniugem suam ante carnalem copulationem, vel post dictam carnalem copulationem absque

foglaltatott az élők közti elidegenítés tilalma is, az ösiség törvénybeiktatása után pedig ez a tilalom bizonyára kiterjedt a negyed címén birt ingatlanokra a háramlási jog külön kikötése nélkül is. Egy 1353-ból kelt oklevél, mely Nagymartoni Mihály özvegységre jutott leányának járó negyed kiadását tanúsítja, ezt már mint az ország valóságos szokását is idézi.¹²⁸⁾

Ezen *szűkebb háramlási* jognak a kifejlődése a királyi joggal szemben bizonyos előnyt és kedvezményt jelentett a fiágra nézve, azt a jogot azonban, hogy a negyed címén kiadott birtokokat a leányágtól bármikor visszaválthassa, nem adta meg a családnak. A szorosabb értelemben vett Anjou-korra nézve is áll tehát az, amit az előző korra mondtunk, hogy t. i. a negyed örökbirtokul adatott a leányoknak.

Az első gyökeres változást ezen a téren az 1435:II. dekretum hozta, mely talán épen azért, mert megtalálta a régi magyar birtokjog szellemének megfelelő megoldást és mindkét ág méltányos érdekeit össze tudta egyeztetni, — nem jutott az 1290 évi végzemény sorsára, hanem élő tényezőjévé vált a jogéletnek. Zsigmond királynak ezen VI. dekretuma a 20. cikk bevezető részében, mint láttuk, azt a szabályt állította fel, hogy a leányokat kiházásítsuk és férjhezmenetelük után pénzzel kell negyedjogukra nézve kielégíteni. Ez a rendelkezés folytatását képezi a 19. cikknek, amely szerint a leányokat kiházásításuk idejéig a negyedrészt természetbeni birtokában kell hagyni, s azzal a pedig (vero) kötőszó fűzi össze, nyilvánvaló tehát, hogy a 20. cikk nemcsak arra az esetre szól, amikor a negyed a leányok férjhezmenetele után adatik ki, hanem kimondja azt is, hogy a leányok férjhezmenetelük után az addig természetben birt negyed pénzbeli megváltását tűrni kötelesek. A fiág fel-tétlen megváltási joga tehát, — bár csak férjes nőkkel és azok-

heredum solacio, quod Deus avertat decedere contingeret, extunc . . . possessionem memoratis Laurencio socero . . . aut fratribus vel consanguineis dicti Laurencii reddere . . . " Anj. Okmt. V. 579.

¹²⁸⁾ „ . . . eadem domina ipsas possessiones pro sua quarta filialis dalas, consuetudine regni exigente estimando pro earum estimacione nemini alteri dare posset, nisi filiis magistri Laurencii prenotatis et eorum successoribus dare teneretur et conferre“. Anj. Okmt. VI. 78. 1.

kal szemben is csak akkor, *ha férjük birtokos volt* — itt jelentkezik először határozott és törvényes alakban.

Hogy a visszaváltási jog csak a házasságkötés időpontjában, illetve attól számított bizonyos idő alatt volt-e gyakorolható, azt a dekretumból nem tudjuk meg. Lehet, hogy kezdetben ez a jog is rendes elévülés alá esett, valószínű azonban, hogy utóbb mentessé vált az elévüléstől. A vérrokonok és osztályos atyafiak közötti birtokjogok ugyanis régi jogunk szerint nem évültek el,¹²⁹⁾ s nem évült el a negyed kifizetésére irányuló kereset sem,¹³⁰⁾ minthogy pedig a negyed legtöbbször osztály kapcsán adatott ki, nem valószínű, hogy az annak visszaváltása iránti jog, mely szintén osztályon alapuló birtokjog volt, viszont elévülés alá esett volna.¹³¹⁾

III. A negyed visszaválthatásának joga olyannyira megfelelt a régi magyar birtokjogi felfogásnak, hogy mihelyt adva voltak a keretek, melyek között magasabb érdeket nem sértethett, nyomban gyökeret vert a jogéletben. Maga a jog azonban magyarázatra szorult. Így keletkezett bizonyára Werbőczy lángelméjében az a felfogás, mely jogtörténetünkben oly sok vitára adott alkalmat, hogy t. i. a negyedjog nem örökjog.

Werbőczy ugyanis a leánynegyedet oly különleges jogintézmény gyanánt adja elő, amelynek a visszaválthatóság fogalmi eleme. „A negyedjog az a birtokjog, melyet a hajadonoknak és asszonyoknak . . . a nemzetségi leszármazás jeléül nem örökösen, vagy örökségképen, hanem a visszaválthatás kikötése mellett és ennek feltétele alatt adnak ki.¹³²⁾ A Hármaskönyv korában tehát *a negyedjog jellege megváltozik, s a tulajdon-, illetve örökbirtokjogot eredményező törvényes örökjog egy, a törvénynél fogva visszaváltható ideiglenes birtokjoggá válik.* Ez a gyors változás mutatja legjobban, hogy

¹²⁹⁾ Hk. I. 79. c. 5. §.

¹³⁰⁾ U. o.

¹³¹⁾ A Hk. iid. rendelkezése ugyan csak osztályos atyafiakat (fratres condivisionales) említ, de ez csak a szokásos kifejezés mód következményének látszik.

¹³²⁾ „Jus quartalitiū est jus possessionarium, puellis et mulieribus . . . in signum parentelae propagationis, non perennali, vel haereditaria, sed redemptibili lege conditōneque deputatum“. Hk. I. R. 88. c. 1. §.

a visszaválthatás joga mily mélyen eresztette gyökereit az egész jogintézmény televényébe!

A negyednek ez a különleges természete megmaradt mindvégig, míg csak az ösiség eltörlésével az egész jogintézmény el nem tűnt jogéletünkéből. Hogy a negyed nem örökjogi címen (non titulo successionis) jár, azt a régi magyar Curia is kimondotta,¹³³⁾ amiben a Hk. nagy tekintélye előtti meghajlason kívül azonban bizonyára egyéb okok is vezették. Az a fikció ugyanis, hogy a negyedjog nem örökjog, hanem a dologi jogok egy sajátos neme, lehetővé tette, hogy bizonyos tekintetben, így pl. az örökhagyó tartozásaiért való felelősség kérdésében, a leányág a fiúágnál kedvezőbb elbánásban részesüljön, s ezáltal az egész jogintézmény szigora enyhíthető legyen.

Annak megállapítása után tehát, hogy a visszaválthatóság a Hármaskönyv korában olyannyira fogalmi elemévé vált a negyednek, hogy annak tárgyi jellegét is megváltoztatta, át-térünk annak vizsgálatára, hogy ez a változás kihatással volt-e a negyedjog tartalmára?

6. §. A negyedjog tartalma és érvényesítése.

I. A negyedre vonatkozó Árpádkori emlékeink sokkal mozaikszerűbbek, semhogy az egész jogintézmény teljes képét nyerhetnők belőlük. A részleteket illetőleg igen sok és gyakori a homály, amelynek eloszlatása, történeti emlékeink jórészenek elpusztulása miatt, talán soha sem fog sikerülni.

Ez a helyzet a negyedjog tartalma tekintetében is. Történelmi hitelességgel alig lehet többet állítani, minthogy *a negyedjog (a Hk. álláspontjával ellentétben) örökjog volt*, a törvényes öröklésnek egyik intézménye. Valahányszor a negyed kiadatik, az úgy az Árpád-, mint az Anjou-korban a törvényes öröklés beálltával kapcsolatban történik¹³⁴⁾ s csaknem kivétel

¹³³⁾ Dec. 6. de causis ad excissionem Quartahii promotis.

¹³⁴⁾ Wenzel: III. 194. I. IV. 346. V. 15. VII. 183. 412. 487. VIII. 73. 132. 133. IX. 165. 303. 504. X. 126. 315. 322. XII. 420. Fejér: III/2. 490. IV/1. 146. Hazai Okmt.: IV. 30. VI. 80. VII. 28. VIII. 243. Zichy Cod.: I. 86. Anj. Okmt.: I. 37. 69. 142. 158. 207. 251. 258. stb.

nélkül mindig a törvényes (fiú) örökös az, aki a negyedét szolgáltatja. Az előleges kiadás — eladás esetén kívül — egészen szórványos jelenség.¹³⁵⁾ Ezzel szemben pedig oly adatot, amelynek alapján a negyedét bárminő más jog gyanánt lehetne megkonstruálni, okleveles anyagunk legtávolabbról sem tartalmaz. Hogy azonban a törvényes öröklés általános szabályai a negyedre ebben a korban miként érvényesültek, arra nézve alig lehet megkockáztatni a feleletet.

Okleveles anyagunk alapján még azt a kérdést sem lehet határozottan eldönteni, hogy a negyed kötelesrészi jellege meddig terjedt és miként érvényesült? Az aranybulla 4. pontja ugyan általában kötelesrészi jelleggel ruházta fel, azonban úgylátszik, csak az ősi javakra nézve, IV. Bélának a Szabolcs fia Miklós negyede tárgyában hozott, többször idézett ítélete legalább azt mutatja, hogy az örökhagyó a szerzett birtokokról a negyed sérelmével is rendelkezhetett. Más kérdés továbbá az, hogy az élők közötti elidegenítés ellen nyújtott-e valamilyes védelmet a leányok köteles részének az akkori jog? Okleveleinkből erre nézve mindössze annyit tudunk meg, hogy a negyed erejéig az eladás ellen a leányok is tiltakozhattak,¹³⁶⁾ s hogy az eladás előtt a negyedeket rendszerint kihatósították, vagy biztosították,¹³⁷⁾ mert az eladás a negyed kivételével, vagyis arra ki nem terjedő hatállyal szokott történni,¹³⁸⁾ — e tények azonban teljesen nyitva hagyják azt a kérdést, hogy ha a birtok nem így adatott el, a harmadik szerző ellen fordulhattak-e a leányok?

Hogy ily kereset megillette volna a leányokat, arra nézve sem az Árpád-, sem az Anjou-korban nem találunk adatot. Sőt az utóbbiból egy olyan ítélet maradt reánk, mely a harmadik személlyel szemben támasztott negyedigényt elutasította. Az ítélet azonban, melyet a szepesi prépost vicáriusa hozott

¹³⁵⁾ Pl: Anj. Okmt. I. 177. l.

¹³⁶⁾ „... nobiles domine ... ratione quarte earum ab eadem terra ... eisdem nobilibus dominabus de iure provenientis ... a vendicione dicte terre prohibuissent contradicendo et contradixissent prohibendo“. Zichy codex. I. 9. 1256.

¹³⁷⁾ Anjou-kori Okmt. I. 147. l. 238. l.

¹³⁸⁾ Mon. Strig. II. 378. l. (1295).

1347-ben, nem egészen világos, mert bár a perben az alperesek hivatkoztak arra, hogy a követelt birtok jogszerű vétel címén őket illeti, az elutasítás nem ezen alapszik, hanem többek közt azon, hogy a felperes nem tudta bizonyítani annak az ősenek a birtokát, akinek jogán a negyedét követelte.¹³⁹⁾ Azokra a körülményekre nézve, amelyek a köteles rész megítélésénél mai jogunk szerint figyelembe jönnének, nevezetesen, hogy az átruházás valóban visszterhes volt-e és nem ingyenes átruházást palástol-e el, az ítéletlevél semmit sem tartalmaz és így teljesen nyíltva hagyja azt a kérdést, hogy a negyedét harmadik személyektől lehetett-e és mely esetekben követelni?

Feleletet — és pedig tagadót — erre a kérdésre először

¹³⁹⁾ „... significamus, quod in possessione ipsorum filiorum Hannus Redyolcz vocata ... dicte domine debere quartam filialem ... dicta domina literas privilegiales Stephani olim regis ... exhibuit, ex quibus repperit extitit, quod idem rex Stephanus concambium sive permutationem de dicta possessione Redyolcz fecerat cum Phycz ... qui avus erat domine Scolastice predictae, dicti vero filii Hannus literas privilegiales ... Bele olim regis donacionem eiusdem possessionis Redyolcz per ipsum factam Anthaleo fratri Mathie prepositi de Scepus et suis heredibus heredumque successoribus exprimentes, ac demum alias literas privilegiales ... Karoli olim regis ... confirmantes privilegium Ladizlai ... olim regis, quarum vigore apparuit, dictam possessionem Redyolcz per Anthelium (sic!) qui tunc pacifice possedit eandem, venditam Jacobo lectori ecclesie sancti Martini de Scepus ac fratribus suis et eorum heredibus heredumque successoribus, quam emcionem et vendicionem dictus rex Ladislaus per literas privilegiales approbavit et Carolus confirmavit, ex quibus evidenter elicebatur, quod frater Jacobi lectoris erat Hannus pater reorum predictorum, ad quem, seu ad quos dicta possessio iusto emcionis titulo constat esse devoluta; Nos igitur literis eidem rimatis cum nobilibus pluribus terre Scepusiensis ac viris ecclesiasticis nobis in iudicio consedentibus, tam pro eo, quod Bele data precedebat in decem annis concambium seu permutationem factam per Stephanum regem cum Phylacz, qui avus extitit, domine Scolastice predictae tam etiam ex eo, quod docere avum et sibi attinentes in pacifica possessione non potuit fuisse nec humano testimonio, nec etiam literis testimonialibus nec in statutione dicte possessionis Redyolcz eidem Hannus ac filiis eiusdem obstaculo contradiccioni obviasse, habito tractatu diligenti Christi nomine invocato sententialiter pronunciamus et adiudicamus, in dicta possessione Redyolcz eidem domine Scolastice quartam filialem non deberi, nec amplius eam vel heredes heredumque successores posse impetere eosdem filios Hannus eorumque successores ratione quartae filialis prenotate eidem domine et sibi succedentibus sub ampliori impetitione perpetuum silencium imponendo“. Anj. Okm. V. 64. l.

a Hármaskönyvben kapunk, mely világosan kimondja, hogy a leányok azokra a fekvő jószágokra nézve, melyből csak negyedét kapnak, idegeneknek tekintendők, őket tehát az eladás előtt sem kell megkínálni. A vérrokonok feltétlen visszakövetelési jogával nem bírnak, legfeljebb a szomszédosok és határosok jogait, bár viszont azokat megelőzőleg, gyakorolhatják. (Hk. I. R. 61. c. 9. §.)

Minthogy tehát az Árpád- és az Anjou-korból semmi oly adat nem maradt reánk, amelyből arra lehetne következtetni, hogy ily joggal birtak volna a leányok, a Hármaskönyvből pedig ki is tűnik annak ellenkezője, valószínűnek tarthatjuk, hogy a negyedért harmadik személy ellen a leányok soha sem fordulhattak és hogy azoknak a negyedért való felelőssége ismeretlen volt jogunkban.

Hasonlítsuk össze ezek után a leányoknak most megismert helyzetét azokkal a jogokkal, amiket a családi birtok jogszerűtlen elidegenítése esetében a fiág gyakorolhatott. Tudjuk az általános jogtörténetből, hogy a magyar nemzet az ősiség behozatala előtt sem adott a fekvő jószágok felett oly tartalmú tulajdonjogot, mint aminő a római jog dominiuma volt, amennyiben megtagadta annak leglényegesebb elemét: a szabad rendelkezést és a tulajdonos jogait a haszonélvezetet alig meghaladó örök birtoklásra korlátozta. A tulajdon voltaképpen egy eszmei személynél, a családnál volt, amely alatt a jövőben megszületendő leszármazók is — ad infinitum — értendők voltak, a családi birtoknak tehát a törvény, illetve a törvényes szokás szerint rájuk át kellett szállani. Vagyis *a törvényes osztályrész a maga egészében — és nemcsak a fele, mint ma — a köteles rész erejével és pedig dologi jog gyanánt érvényesült*, mert a családi birtokot csak a rokonoknak, mint törvényes várományosoknak a beleegyezésével lehetett elidegeníteni, s ha a beleegyezés hiányzott, bárkitől vissza lehetett követelni.¹⁴⁰⁾

A negyedhez való jog, mint láttuk, *ebben az abszolút dologi hatályban nem részesült*, a rendes örökjog és a negyedjog tartalmában tehát egy lényeges különbség mindenestre jelentkezik. A Hármaskönyvben különösen kidomborodik ez a különbség, mert a Tripartitum korában a leányok törvényes

¹⁴⁰⁾ „nullius censeretur esse vigoris, neque firmitatis“ — írja az ily bevallásokról Werbőczy Hk. I. R. 58. c. V. ö. Hk. I. R. 60. c. 5. §.

örökjoga már nemcsak a negyedre szorítkozott, hanem bizonyos esetekben a fiúkkal nemcsak párhuzamosan, mint a negyednél, hanem egyenlően is örököltek és ez a teljes (egyenlő) örökjog minden tekintetben azonos tartalmú volt a fiúkévál, tehát harmadik személyekkel szemben ugyanazzal a dologi hatállyal érvényesült. Azt a birtokot, amelyben a fiúkkal egyenlően örököltek, a leányok is visszakövetelhették bárkitől.¹⁴¹⁾ Állítsuk itt szembe a rendes örökjoggal a negyed intézményét, és világosan látni fogjuk, hogy habár alakilag a quarta is a törvényes öröklés körébe tartozik, az a rendes örökjogtól nemcsak az osztály kulcsára nézve, hanem tartalmilag is lényegesen különbözik.

Hasonló eltérést találunk a negyedörökös és a teljes örökrészre jogosítottaknak az örökhagyó hitelezőivel szembeni jogállására nézve. Itt is azonban csak a Hármaskönyvre és a régi magyar Curiának a Hármaskönyvre támaszkodó joggyakorlatára vagyunk utalva, mert az előző korszakokból erre vonatkozó adat nem maradt reánk.¹⁴²⁾ A Hármaskönyvnek azon jogi álláspontja ugyanis, — melyet a régi magyar Curjának a leány-negyed kihasítása tárgyában hozott 4. sz. határozata is megerősített, hogy a negyed nem örökrész, szervesen maga után vont, hogy a negyed az örökhagyó tartozásaiért nem is felelhetett, hanem azoknak egészében az örökösökre (a fiúkra) kellett hárulni, mint az örökhagyó magánjogi személyiségének folytatóira. Világosan ugyan ezt csak az említett curiai határozat mondotta ki, hogy azonban ez a jogszabály már a Hármaskönyvben is benne rejtett, az a mondottak után kétséges nem lehet.

Betetőzte ezeket a magukban is igen lényeges tartalmi különbségeket a negyed visszaválthatóságának törvényes keltek gyanánti kifejlődése, amelyről az előző szakaszban szó-

¹⁴¹⁾ Hk. I. R. 60. c. 1., 5., 9. §.

¹⁴²⁾ Egy árpádkori oklevélben olvassuk ugyan, hogy a bevalló a negyed kiadásakor is rezerválta másik nővére negyedét („... ita tamen, quod de eadem quarta ... quartam partem pro alia sorore reservavit“. Wenzel: IX. 165.) és az anjoukori oklevelekben is találunk hasonló esetet („quartam partem totius porcionis sue in predicta possessione Zentkyral... excepta porcione quatuor filiarum suarum propriarum“. Anj. Okmt. IV. 391.), ebből azonban még nem lehet következtetni arra, hogy a negyed minden tehertől mentesen járt:

lottunk és amely kétségkívül mély szakadékot hasított a rendes örökrész és a negyed jogintézménye közt.

De vajjon e mély szakadék érintheti-e a tárgyi azonosságot?

Szerintünk nem. Mert bármily sajátos legyen is a negyedjog tartalma, a tudomány a quartát nem rekesztheti ki a törvényes öröklés köréből, hiszen a lényege kétségtelenül oda utalja. Az ősiség korában, amelynek jogi gondolkodása az öröklés jogintézményét az örök és visszavonhatatlan birtoklás fogalmával annyira összeolvasztotta, hogy a törvénynél fogva visszaváltható, tehát csak ideiglenes birtoklási jogot eredményező negyeddal össze nem egyeztethette, még volt bizonyos értelme annak, hogy a negyed önálló jogintézménynek tekintessék, sőt, mint említettük, ennek voltak gyakorlati jogi előnyei is. A történetíró feljegyzi ezeket a tényeket, amelyekben oly jellemzően sűrűsödik össze a kor levegője, de a tudományos igazság ellenére, merő tradicionális okokból magáévá, nem teheti. Ezért helyesebb Wenzel álláspontja, aki a negyedet a törvényes öröklés különös nemének tekintti s határozottan állást foglal azon nézettel szemben, mely a Hármaskönyv fikciójához ragaszkodva, a quartát az örökség természetéhez hasonló, de attól mégis különböző jogintézménynek tartja.¹⁴³⁾

Wenzel álláspontjának helyessége mellett dönt az a tény is, hogy ez a felfogás egészen kezünkbe adja a jogintézmény teljes megértésének kulcsát. *Abból ugyanis, hogy a leánynegyed a törvényes öröklésnek egyik, bár különleges intézménye, — következik, hogy ahol a reá vonatkozó jogszabályok mást nem tartalmaznak, ott a törvényes öröklés általános szabályai nyerne a quartára is alkalmazást.* És valóban, ezeket az általános szabályokat mintegy keret gyanánt mindig érvényesülni látjuk anélkül, hogy ilykép rendelkező jogforrásra találjunk. Mindössze a régi magyar Curia utalt ezeknek az általános öröklési szabályoknak az alkalmazandóságára,¹⁴⁴⁾ ami bizo-

¹⁴³⁾ Wenzel: A magyar magánjog rendszere: II. k. 427. l.

¹⁴⁴⁾ Dec. 10. ex aequalitate seu inaequal. juris prom. Ez a határozat kimondotta, hogy amíg az első szerző leányai élnek, más távolabbi fokokban (gradus) álló leányok negyedet nem követelhetnek, mert a negyedet törvény szerint csak egyszer, tehát, az örökséggel azonos módon (a paritate successionis) kell kifizetni.

nyára az ismertetett különleges felfogás folytán esetleg előállható kételyek eloszlatása végett mutatkozott szükségesnek. A gyakorlatban azonban a Curia által alkalmazandóknak kimondott öröklési jogszabályok úgyszólván kezdettől fogva érvényesültek a negyedöröklésre nézve is — és ezért a történelmi összefüggés is annak örökjogi felfogását indokolja.

II. A negyedjog érvényesítése kezdetben egyházi hatáskör alá tartozott, aminek részben kétségtől az volt az oka, hogy a negyed sokszor a hitbérrel és a hozománnyal egyidejűleg adatott ki,¹⁴⁵⁾ amelyek pedig, mint a házassági vagyoni jog elemei, a középkorban a házasság szentségi jellegénél fogva világi döntés alá nem kerülhettek. Úgy az Árpád-, mint az Anjou-korban egyházi bíróság előtt látjuk folyni a leánynegyed kiadása iránt indított pereket, egyházi bírák ítéleteit és közbenszóló (idéző, halasztástadó) végzéseit őrizték meg okmánytáraink.¹⁴⁶⁾

Az egyházi hatáskör azonban feltétlenül csak akkor érvényesült, ha a felperes csak általánosságban kérte negyedjogának megítélését, vagy pedig pénzbeli kielégítést követelt. *Ha ellenben birtokjogi úton lépett fel*, akár úgy, hogy negyed címen egy meghatározott birtokot követelt, vagy negyedjogára hivatkozva az új birtokos, rendszerint az örökös beiktatásakor ellentmondással élt, s ezáltal azt az iktatás megtisztítása iránti perre kényszerítette, az ügy világi bíró elé került.¹⁴⁷⁾ Sőt úgy látszik, hogy ha a negyed iránt az egyházi bíróság előtt indított perben birtokjogi momentumok merültek fel, már az Anjou-korban szokásban volt a pert a kir. Curiához áttenni. Így járt el ugyanis *Csanád* egri püspök 1330-ban *Bodun comes leányainak Kompolti Pál fia, Imre*, elleni perében, midőn vitássá vált, hogy a leányoknak joguk van-e a természetbeni szolgál-

¹⁴⁵⁾ Wenzel: III. 281. IV. 346. VII. 183. VIII. 73. IX. 504. X. 126. XII. 420. 589. Fejér: IV/2 518. X/8. 355. Anj. Okmt.: I. 37. 114. 147. 258. 470. 483. II. 96. 235. IV. 580. V. 26. 437. 462. V. 525. 573. 622. VI. 255. 417. 521: 576. stb.

¹⁴⁶⁾ Pl.: Wenzel: IX. 303. (1281). Fejér: IX/5. 126. (1376). Anj. Okmt. V. 185. (1348), 294. (1349), 525. (1351), VI. 311. (1355).

¹⁴⁷⁾ Fejér: IV/1. 146. (1239), IX/1. 637. (1348), IX/2. 288. (1353), X/8. 193. (1385).

tatásra, vagy a pénzzel való kielégítéssel megelégedni tartoznak.¹⁴⁸⁾

Miután a Hármaskönyv is csak a birtokjogokat érintő vagyoni jogi perekben tiltotta meg az egyházi bíráskodást, valószínű, hogy a kifejtett hatásköri szabályok mindaddig érvényben maradtak, amíg az egyház világi jurisdictiója fennállott.¹⁴⁹⁾ A tiszta és a tulajdonképeni negyedigény tehát — mely a XVI. századtól kezdve inkább pénztartozás volt, mint természetbeni — leginkább egyházi bíróság elé tartozott. *Nem így azonban a jogegyenlőség, vagy jogegyenlőtlenség iránti jogvita, vagyis a negyedet meghaladó örökösödés kérdése*, mely mindig gyökerében érintvén a birtokjogokat, jogszerűen sem a Hármaskönyv előtt, sem azután nem volt egyházi bíróság elé vihető.

7. §. A negyedet meghaladó törvényes öröklés.

Az előadottakból láthattuk, hogy a leányok törvényes örökjogának fejlődése három főkorszakot ölel fel: 1. *Az ingatlanok örökléséből való teljes kizártság korát*. Ez volt hazánkban a törzsi szervezet és a királyság megalapításának kora, kb. a X—XI. század. 2. *A negyedrészbéli öröklés korát*, amely hazánkban a XI. századtól kb. a XVI. századig számítható. 3. *Az egyenlő és egyenlőtlen öröklés korát, amelyben bizonyos ingatlanokra nézve már a fiúkkal egyenlően örököltek a leányok, míg másnemű fekvő jószágokban örökjoguk továbbra is csak a hagyaték negyedrésztére szorítkozott*. Hazánkban ezt

¹⁴⁸⁾ „... inde etiam nos ne contrarium facere videamur consuetudini regni Hungarie ac novas invenciones approbare et consuetudini preferre videamur una cum capitulo ecclesie nostre adjudicantes transmissimus de parciis voluntate quod dicte partes in octavis beati Georgii martiris iam venturis coram domino rege vel iudice curie eiusdem compareant ut idem dominus rex vel iudex sue curie una cum baronibus et aliis nobilibus inter partes discuciant utrum eadem domina de ipsis possessionibus in specie possit quartam habere, vel idem magister Emericus cum rebus promotis et estimacionibus possit ad se redimere“. Anj. Okmt. II. 459. V. ö. Hajnik: A magyar bírósági szervezet és perjog az Árpádházi és vegyes házbéli kir. alatt és Anj. Okmt.: VI. 392.

¹⁴⁹⁾ A házassági vagyoni jogi kérdésekben, — amelyekkel pedig a negyed, mint láttuk, sokszor összefüggött, — csak az 1868:LIV. t.-c. 22. §-a szüntette meg teljesen az egyházi bíráskodást.

a korszakot a Hármaskönyv szerkesztésétől — tehát a XVI. századtól 1848-ig — lehet számítani.

Az egyenlő, vagyis a negyedet meghaladó öröklés, mint említettük, nem is tartozik szorosan tanulmányunk keretébe, de az anyag nagysága is önálló tárgyalásra utalja. Hogy azonban a negyednek hozzá való viszonyát megállapíthassuk, röviden néhány sorban érintenünk kell ennek lényegét is.

Mindenekelőtt ki kell emelnünk, hogy a negyedet meghaladó törvényes örökléssel a XVI. század előtt is találkozunk hazai jogunkban, ez az öröklés azonban akkor még nem volt intézményes jellegű, mert nem általános jogon, hanem *privilegium singulare*-n alapult. A magyar földtulajdon főforrása ugyanis e korban a kir. adomány volt, az pedig az adományos és mindkétnebeli utódainak javára is történhetett, mikor is különös királyi kegy alapján az adományozott birtokban a leányok ép úgy örökösödtek, mint a fiúk. Az ilykép adományozott birtok azután — kizárólag a fiági javakkal szemben — mindkét ágat illető jószágnak tekintetett. Bár az Anjou-korban mind gyakoribbakká váltak az ily adományozások és az akkor meghonosodott fiúsítás intézménye is nem csekély haladást jelentett a jogegyenlőség felé, — a negyedet meghaladó öröklést intézményesnek csak attól az időtől kezdve lehet tekinteni, amikor már magának a jognak az erejével (*ipso jure*) — külön kegyelmi tény nélkül — volt helye. Ily jogszabály legkorábban a szerzett birtokokra nézve alakulhatott ki és mint láttuk, először a Hármaskönyvben jelenik meg, bár valószínű, hogy korábban is létezett.

A Hármaskönyv szerint t. i. nemcsak a pénzen szerzett — és természetesen az ily záradékkal adományozott — birtok illeti mindkét ágat, hanem egyéb fekvő jószágok is, nevezetesen a vérdíjban (*homagium*) nyert, a negyed címén átruházott, valamint azok a birtokjogok, amelyekre nézve a király a leányivadékot mindkét ágra nézve fiúsította¹⁵⁰⁾ és végül az örökhagyónak lekötött zálogos birtokok.¹⁵¹⁾ Az pedig nem

¹⁵⁰⁾ Hk. I. R. 17. c. 4. 7. §.

¹⁵¹⁾ Hk. I. R. 102. c. 3. §. Ha azonban a szerzeménylevélben az foglaltatott, hogy az elzálogosítás tartamáig a záloghitelező és fiai birják a lekötött jószágot, úgy a leányok nem a birtokban, hanem csak az arra adott pénztökében részesedtek. Dec. 43. de causis div. succ. Rectificationis.

valószínű, hogy az egyenjogúság mindezen birtokokra egy időben és egyszerre valósult volna meg, feltehető tehát, hogy a Hármaskönyv szerkesztése előtt is egyik, vagy másik szabály már gyakorlatban lehetett.

Mindezen rendelkezések mellett is azonban még aránylag szűk volt a kör, amelyben az egyenlő örökösödés elve érvényesült. De bizonyos alaki okok révén szűkebb köre dacára is jelentős szerephez tudott jutni a jogéletben.

Ha ugyanis vitássá vált, hogy valamely fekvő jószág csak a fiágot, vagy mindkét ágot illeti-e, a vitát a Hármaskönyv szerint a jószágszerzés gyökeréből kellett eldönteni.¹⁵²⁾ A gyakorlatban ez az elv azt jelentette, hogy a perben az eredeti adománylevelet vagy bevallást fel kellett mutatni. Hazánkban azonban, mely több országdulást szenvedett át, mint bármely más európai állam, — ez gyakran ütközhetett nehézségekbe és sűrűn előfordulhatott, hogy a jószág gyökerének (*radix possessionis*) minemősége a perben bizonyítható nem volt. Minthogy pedig a családi okiratoknak a fiág (a legidősebb fiú) volt a gondviselője¹⁵³⁾ s leginkább a fiág kényszerülhetett az iktatás megtisztítása végett felperesként fellépni és ezáltal a bizonyítás terhét magára venni — ez a körülmény legtöbbször a fiág terhére eshetett és rendszerint azt eredményezhette, hogy a bíróság nem mondotta ki a leányág kiírekesztését. Így az egyenlő öröklés a gyakorlatban egyre nagyobb tért foglalhatott és a negyedöröklést évről-évre szűkebb körre szoríthatta.

Mindezeket pedig azért kellett megemlítenünk, hogy a negyed és az egyenlő örökjog viszonyát megvilágíthassuk. A mondottak nem hagyhatnak fenn semmi kétséget aziránt, hogy jogtörténetileg az egyenlő öröklés a negyedöröklés hajtásának lenne tekinthető, ennek dacára azonban a gyakorlatban, az anyagi jog szerint, inkább a negyed jelentkezik a rendes örökjognak mintegy a pótléka gyanánt, mert negyedeket akkor kaptak a leányok, amikor a jószágszerzés gyökere

Szintúgy akkor is, ha az örökhagyó oldalági fiúrokonoktól oly birtokot vett zálogba, mely eredetileg csak a fiágot illette. Dec. 31. de caus. divisionis. succ. Rect.

¹⁵²⁾ Hk. I. R. 21. c. 1. §.

¹⁵³⁾ Hk. I. R. 42. c.

szerint rendes (egyenlő) örökrészre joguk nem volt. Ezáltal könnyen úgy tűnhetnék fel, mintha már a Hármaskönyv szerkesztésének időpontjában az egyenlő öröklés lett volna az öröklési jog főintézménye. Ez azonban csak látszat, aminek nem szabad megtéveszteni bennünket. Az egyenlő öröklés csak a további jogfejlődés által válik a leányok örökjogának főintézményévé, de a Hármaskönyv korában még nem lehet annak tekinteni, mert ebben a korban még a negyedöröklés az általánosabb.

8. §. Összefoglalás.

Tanulmányunknak végére érkezyén, foglaljuk össze röviden annak lényegesebb eredményeit:

1. Okleveles anyagunk alapján sikerült kimutatnunk, hogy a nők hazánkban már a XII. században birtak örökjoggal az ősi jószágokra nézve és ezen joguk esetleg a XI. századba is visszanyult. Az az idő tehát, amelyben a nők az ősi birtokból teljesen ki voltak rekesztve, hazánkban alig tarthatott tovább egy századnál. Ezen megállapításnak különös értéket ad az a tény, hogy a nő öröklési (hűbér) képessége Nyugateurópában csak a XII. század végén nyert általános elismerést, a történelem világában tehát a magyar jogfejlődés a női jog terén is az egyetemes jogfejlődésnek a nyugateurópaival egyenrangú tényezőjének jelentkezik.

2. Tanulmányunk jogtörténetünk régebbi álláspontjával szemben arra a meggyőződésre jutott, hogy a negyedet meghaladó öröklés történelmi fejlemény, amely az Árpád- és az Anjou-kornál későbbi eredetű. Mintegy a XV. századig tehát a negyed volt a leányok öröklésének kizárólagos formája, akik úgy az ősi, mint a pénzen szerzett birtokból csak negyed (és nem rendes örökrészt) kaptak. Szerintünk tehát a fiú- és a leányágnak a pénzen szerzett birtokokban való egyenlősége, mely jogszabály gyanánt először a Hármaskönyvben jelenik meg, nem függ össze történetileg a pénzen szerzett birtokok feletti szabad rendelkezéssel és ezen birtoknem speciális természetével, mert az előbbinek teljes elismerése és az utóbbinak végleges kialakulása után is még több századon át csak negyedek kaptak ezekből a fekvő jószágokból is a leányok. Álláspontunk egy új kérdést vetett fel a jogtörténet kutatói

számára, hogy t. i. mikor és mily körülmények között válik ki a pénzen szerzett birtok a negyedjog köréből és mint alakul reávonatkozólag jogszabállyá az egyenlő örökösödés elve?

3. Hasonlókép történeti fejleménynek ismertük meg a negyed visszaválthatását, valamint azt a jogszabályt, amely a kielégítés rendes alakjául a pénzbeli kifizetést írta elő. Kimutattuk, hogy a negyedet úgy az Árpád-, mint az Anjoukorban örökre és visszavonhatatlanul ruházták át, a törvényen alapuló visszaváltási jog tehát a XV. századig ismeretlen volt szokásjogunkban. Láttuk, hogy a negyed kezdetben inkább volt természetbeni tartozás, mintsem pénzkövetelés és tisztán pénzbeli természetűvé nem is vált soha. Szép példáját láttuk ennek kapcsán annak a gondoskodásnak, amelyben a középkori magyar jog a társadalmi helyzet fenntartása és az életszínvonal biztosítása végett a nemzet minden egyes tagját részesítette, s amelyről a szociális krízis lázában vergődő modern társadalmi élet bajainak gyökeres ismeretében állítani merjük, hogy üdvös útmutatója lehetne a modern jogrendszereknek is.

4. Végül kidomborítottuk azokat a lényeges tartalmi különbségeket, amelyek a negyed és a rendes örökjog között mutatkoznak, s amelyek a negyedet a törvényes öröklésnek egészen különleges intézményévé teszik.

Teljesen tudatában vagyunk annak, hogy a magyar magánjog történetének hatalmas és — fájdalom — kissé elhanyagolt területén mindezekkel csak igen szerény részletmunkát végeztünk, de Isten segítségével adódik majd talán folytatása is.

Szeged, 1925. október 6.

Das Töchterviertel.

(Quartalitium.)

Das Erbrecht des Mittelalters hat überall die männliche Linie bevorzugt; nicht aus sittlichen Gründen wegen der geringeren Achtung des Weibes — wie das Recht des Altertums, sondern aus staatswirtschaftlichen Rücksichten. In den Staaten des Mittelalters finden wir nämlich meist Naturalwirtschaft; die staatserhaltenden Leistungen, besonders die militärische Dienstpflicht, wurden in natura, d. h. in der Weise

verlangt, dass die Ritter sich auf eigenen Kosten auszurüsten und in den Krieg zu ziehen hatten. Für eine derartige Erfüllung der Dienstpflicht hat aber allein der Grundbesitz genügende materielle Kräfte geboten; er musste daher aus Staatsinteressen für die männliche Linie, welche anfangs ausschliesslich mit dem aktiven Militärdienst belastet war, aufbewahrt werden.

Aus diesen Gründen wurde die weibliche Linie laut Gesetz des heiligen Stephans auch in Ungarn vom Erbganze der Grundbesitze ausgeschlossen. Die Härte dieser Erbfolge wurde aber in Ungarn durch ein spezielles Rechtsinstitut, durch das Töchterviertel (Quartalitium) gemildert. Das Wesen dieses Institutes bestand darin, dass der vierte Teil des väterlichen Grundes als Entschädigung für die gesetzliche Erbunfähigkeit, zu Gunsten der Töchter bzw. der weiblichen Linie zufiel.

Was die Entstehung dieses Rechtsinstituts anbelangt, — kann die Rechtsgeschichte mit Gewissheit nicht mehr behaupten, als dass die Töchter im XII. Jahrhundert schon einen gewissen Teil des väterlichen Grundbesitzes erhielten. Wir lesen nämlich in dem i. J. 1146 gemachten Testamente der Frau Scines, dass sie einen väterlichen Grundbesitz (patrimonium) *welchen sie ehemals geerbt hatte* (ad me contingat hereditario jure) — der Kirche vermacht. Die hier erwähnte Beerbung, konnte also zu Beginn des XII. eventuell Ende des XI. Jahrhunderts stattgefunden haben. Verfasser nimmt an, dass jenes Erbrecht, welches den Grund dieser Beerbung bot, auch auf ein Viertel beschränkt war, und dass das weibliche Erbrecht des XII. (eventuel des XI.) Jahrhunderts mit dem Recht des Töchterviertels (ius Quartalitii) identisch ist.

Aus der ersten Codification des ungarischen Rechts (1515) aus Werböczy's Tripartitum ist es ersichtlich, dass das Erbrecht der Töchter nur hinsichtlich des geerbten Grundbesitzes auf ein Viertel beschränkt war, den gekauften Grundbesitz haben sie gleichmässig mit den Söhnen geteilt. Die ungarische Rechtsgeschichte war bis jetzt der Meinung, dass diese Gleichberechtigung hinsichtlich des gekauften Gutes schon zur Zeit der Könige aus dem Hause Arpads (1000—1301) anerkannt war. Verfasser kann dieser Meinung nicht beipflichten, und ist bestrebt an der Hand historischer Daten zu beweisen,

dass die im XVI. Jahrhundert nachweisbare gleiche Teilung der Töchter mit den Söhnen das Ergebnis einer historischen Entwicklung sein muss, und dass sie weder zur Zeit der Könige aus dem Hause Árpáds noch während der Herrschaft des Anjouhauses (1301—1437) existieren, konnte, da vom XI. bis zum XV. Jahrhundert wie das durch die aus diesen Jahrhunderten stammenden Urkunden bewiesen werden kann, den Töchtern aus dem gesamten Besitzes — (also auch aus dem gekauften) — nur ein Viertel zufiel.

Die Ausgabe des vierten Teiles ist anfangs teils in natura, teils in Geld geschehen; durch das II. Decretum v. J. 1435 wurde aber diese Frage derart geregelt, dass die Töchter vor ihrer Heirat, ihr Viertel in natura haben konnten, nach der Heirat jedoch nur dessen Äquivalent in Geld fordern konnten. War der Gatte ein Besitzloser so trat er in den corporalen Besitz des Viertels — vorausgesetzt, dass die Ehe mit dem Einverständnis der Eltern und Verwandten geschlossen wurde. Der Grund dieser gesetzlichen Verfügung ist nach Verfasser in einer weitgehenden existenziellen Fürsorge zu suchen, wodurch die Mitglieder der possessionaten Stände systematisch davon bewahrt werden sollten, dass sie in die niedrigeren und besitzlosen Stände versinken.

Wenn nun die Töchter ihr Viertel in natura erhalten haben, wurde bis in des XV. Jahrhundert der auf diese Art ererbte Teil des väterlichen Grundes ihnen für immer überlassen; das Recht der männlichen Linie auf Rückkauf war in dieser Zeit noch nicht anerkannt. Dieses Recht, welches erst im Tripartitum erscheint, — ist nach Verfasser ebenso ein Ergebnis der späteren historischen Entwicklung, wie die Gleichberechtigung in der Beerbung des gekauften Grundbesitzes.

Das Recht auf das Töchterviertel ist nach Verfassers Ansicht ein spezielles Institut der gesetzlichen Erbfolge, welches aber im Unterschied zum gesetzlichen Erbrecht der männlichen Linie gegen dritte Personen nur als persönliches Sachenrecht geltend gemacht werden konnte.

Für die gesetzliche Klage waren die kirchlichen Gerichte zuständig; handelte es sich aber auch um die Frage, ob die Ausgabe in Geld oder in natura zu erfolgen sei, so hat die Kirche den Prozess an den königlichen Hof (Curia) abgetreten.



Die Reform unseres Zahlungsunfähigkeits-Rechtes.*

VON ALEXANDER CORNEL TÜRKY,

Professor des Handels- und Wechselrechts an der kgl. ung. Franz Josephs-Universität.

I.

Die Zahlungsfähigkeit (Insolvenz im weitern Sinne) ist ein tatsächlicher Zustand, welcher eintritt, sobald der Schuldner seine (fälligen) Schulden, (Zahlungen) zu leisten ausser stande ist und zwar entweder zufolge dessen, dass der Geldwert seiner Schulden den Wert seines Vermögens übersteigt (insufficientia) oder aus einem anderen Grunde. (Insolvenz im engeren Sinne.)

In diesem Sinne ist die Insolvenz eine notgedrungene Begleiterscheinung der auf Credit aufgebauten wirtschaftlichen Ordnung.

Die gewöhnliche Vorbedingung des Creditcs ist nämlich ausser dem Vertrauen des Creditgebers zur *Zahlungsbereitschaft* des Schuldners eben auch das Vertrauen zur *Zahlungsfähigkeit* des Schuldners.

Wie sehr jedoch auch gegebenen Falles dieses Vertrauen zur Zahlungsfähigkeit des Schuldners zufolge dessen berechtigt erscheint, dass der Schuldner zur Zeit der Creditgewährung über Vermögen verfügt, aus welchem er seine Zahlungen zu leisten im Stande ist, oder aus welchem der Gläubiger Befriedigung betreiben kann, täuscht sich dennoch der Gläubiger, wie dies das alltägliche Leben erweist, des öftern in seinem Vertrauen zur Zahlungsfähigkeit des Schuldners.

Dies ist zugleich die Ursache, weshalb sich auch das Recht mit den Rechtsfolgen der Zahlungsfähigkeit als eines die Interessen der Gläubiger berührenden tatsächlichen Zustandes, welcher selbst aus einer über den gesündesten Credite verfü-

*) Siche Abkürzungen Seite 278.

genden wirtschaftlichen Ordnung nicht ausgeschaltet werden kann, — befassen muss.

Und ist auch jene Aufgabe nicht unbedeutend, die dem Rechte in Ansehung dessen zufällt, den Eintritt des Zustandes der Zahlungsunfähigkeit (insbesondere beim Kaufmann und bei den Handelsgesellschaften) nach Tunlichkeit zu *verhindern* (praeventiver Credit-Schutz) enthält das Zahlungsunfähigkeits-Recht in erster Reihe die Bestimmung der mit der *bereits eingetretenen* Zahlungsunfähigkeit im Zusammenhange stehenden Rechtsfolgen. Nachdem aber der tatsächliche Zustand der Zahlungsunfähigkeit im normalen Gange der Abwicklung der Schuldverhältnisse eine Krise verursacht, ist *das Zahlungsunfähigkeitsrecht selbst* zufolge dessen, dass der Gläubiger auf eine ungeschmälerte Befriedigung seiner Forderung nicht mehr rechnen kann, *ein Kriesenrecht*, denn dasselbe kommt nur dann zur Anwendung, wenn die, die normale Abwicklung des Schuldverhältnisses vor Augen haltenden Verfügungen des Obligations-Rechtes nicht mehr ungeschmälert angewendet werden können.

Gegenstand des Zahlungsunfähigkeits-Rechtes ist somit die Rechtswirkung der Zahlungsunfähigkeit als der die Krise des Schuldverhältnisses hervorrufenden Tatsache zu bestimmen: festzustellen, wie sich die aus dem Schuldverhältnisse entspringende materialrechtliche Lage des Gläubigers zufolge des tatsächlichen Zustandes der Zahlungsunfähigkeit gestaltet; *ihr Zweck* und ihre eigentliche Aufgabe aber ist dem Gläubiger den möglichst vollkommensten Schutz zu gewähren, aus dem Vermögen des Schuldners zu Gunsten des Gläubigers alldas zu retten, was überhaupt möglich ist und somit die Befriedigung des Gläubigers in möglichst grösstem Maasse zu sichern. Zuzufolge dieses Zweckes ist das Zahlungsunfähigkeits-Recht eine mächtige Kraft-Stütze des wirtschaftlichen Lebens, denn es stützt eben jenen grössten Wert, ohne welchen ein modernes Wirtschaftsleben gar nicht gedacht werden könnte: nämlich den *Credit selbst*.

Der berührte Zweck bestimmt jene *grundlegenden Gesichtspunkte* aus welchem die (relativ) richtige Regelung des Zahlungsunfähigkeits-Rechtes auszugehen hat.

A) Die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ist ein einheitlicher Tatbestand, denn *er schmälert* allenfalls das Recht des Gläubigers auf Befriedigung, er bewirkt dies nicht nur, falls der Schuldner mehrere-sondern auch falls er nur *einen Gläubiger* hat; im Falle mehrerer Gläubiger nicht nur dann, wenn man auf das Vermögen des Schuldners den Concurs verhängt hat, sondern auch Mangels eines solchen. Demgemäss ist bei Regelung des Zahlungsunfähigkeits-Rechtes vor allem vor Augen zu halten, dass das Problem des Zahlungsunfähigkeits-Rechtes sich nicht allein auf den Fall beschränkt, als der Zahlungsunfähig gewordene Schuldner *mehrere Gläubiger* hat, und der Schuldner bankerrutt wurde, und dass demgemäss der Begriff des Zahlungsunfähigkeits-Rechtes selbst (insbesondere) mit dem Concursrechte nicht identisch sei, denn sein Zweck ist verschieden von dem, sich auf die auf das (ganze) Vermögen des Schuldners Bezug habende Interessengemeinschaft mehrerer Gläubiger (concurus) aufbauenden speziellen Verfahren.

Auch zu Gunsten eines *einzigsten Gläubigers* muss aus dem Vermögen des Schuldners alles rettbar gerettet werden, wie dies im Falle mehrerer Gläubiger zu geschehen hat, denn vom Augenblicke des Eintrittes der Zahlungsunfähigkeit gebührt auch einem einzigen Gläubiger jener auch als Grundlage des sogenannten „Concurs-Anspruches“ dienende Anspruch, laut welchem das ganze vorhandene (freie) Vermögen des Schuldners zu seiner (und nur zu seiner) Befriedigung zu verwenden sei.

Bei Berücksichtigung des jetzt berührten Gesichtspunktes kann *in Ansehung des Ausbaues* der Position des Gläubigers *vom Gesichtspunkte des materiellen Rechtes* kein Unterschied gemacht werden einerseits zwischen *der Zahlungsunfähigkeit ausserhalb des Concurses* und andererseits zwischen jenen Fällen der Zahlungsunfähigkeit, in denen bei Vorhandensein mehrerer Gläubiger die Abwicklung im Wege irgendeines besonderen Verfahrens (Concurs-Zwangsvergleichs-Verfahren, Zwangsliquidierung) erfolgt. Dasselbe steht naturgemäss auch für jenen Fall, als der Schuldner wohl mehrere Gläubiger hat, aber ein auf Grund des Principes der zwischen denselben bestehenden Interessengemeinschaft organisiertes besonderes Verfahren

gegen den Schuldner aus welchem Grunde immer nicht eingeleitet werden kann.

B) Im Falle des Vorhandenseins mehrerer Gläubiger tritt zu dem Schlagworte: „je mehr zu retten“ das weitere Postulat, dass keiner der Gläubiger — mit Ausnahme der im Gesetze vorgesehenen Fällen — eine Befriedigung unter günstigeren Bedingungen erhalte, als die andern Gläubiger, sondern dass dem Principe der gleichen Behandlung entsprechend (*par conditio creditorum*) das ganze freie Vermögen des Schuldners zur *verhältnismässigen* Befriedigung der Gläubiger verwendet werde.

Demgemäss kann der richtig aufgefasste Zweck jedes Verfahrens, welches das Recht zur Abwicklung der mit der Zahlungsunfähigkeit zusammenhängenden Rechtsverhältnisses im Falle mehrerer Gläubiger statuiert, nur der sein, je mehr aus dem Vermögen des Schuldners für die Gläubiger zu retten und an dem geretteten Vermögenswerte die Gläubiger verhältnismässig zu beteiligen.

Aus diesem Grundgedanken, welcher im Code Civil wohl kurz aber umso treffender derart zum Ausdruck gelangt, dass die Güter des Schuldners ein gemeinsames Pfand (*le gage commune*) der Gläubiger bilden und dass das Ergebniss aus der Verwertung desselben (*prix*) unter ihnen verhältnismässig zu verteilen sei, — können die folgenden, das Ganze des Zahlungseinstellungs-Rechtes berührenden Grundsätze abgeleitet werden.

1. Nachdem die Zahlungsunfähigkeit eine das Interesse der Gläubiger berührende Tatsache ist, sind in erster Reihe diese zu entscheiden berufen, welche der mehreren, ihnen zur Abwicklung der Zahlungsunfähigkeit im Gesetze (eventuel) zur Verfügung stehenden Modalitäten des Verfahrens sie vom Standpunkte der Wahrung ihrer Interessen als am meisten entsprechend halten. Demgemäss wenn auch das Recht — aus welchem Grunde immer — zur Abwicklung der mehrere Gläubiger interessirenden Zahlungsunfähigkeit verschiedene Arten des Verfahrens (*Concursverfahren*, *Zwangsliquidations-Verfahren*) kennt, kann in Ansehung dessen, welche der erwähnten Verfahren im konkreten Falle in Anwendung zu kommen haben, *der Wille des Schuldners nicht entscheidend sein*.

Wie sehr es daher gegebenen Falles im Interesse des Schuldners sei, es solle anstatt eines z. B. seine wirtschaftliche Existenz vernichtenden Verfahrens (Concursverfahren) ein anderes, im Gesetze bekanntes Verfahren Platz greifen, welches die ungestörte Betreibung seiner wirtschaftlichen Existenz zukünftig ermöglicht, (Zwangsvergleichs-Verfahren) darf man dennoch letzteres Verfahren aus gar keinen Nebenrücksichten, z. B. aus sogenannten Humanismus für den Schuldner den Gläubigern *aufdringen*.

Denn wenn es wahr ist — was kaum angezweifelt werden kann —, der Zweck des Zahlungsunfähigkeits-Rechtes sei der womöglich vollkommenste Schutz *der Gläubiger*, darf man die Verwirklichung dieses Zweckes nicht aus einem, *aus der Person des Schuldners* geschöpften Grunde schon im vorhinein vereiteln, oder zumindest erschwehren, um davon gar nicht zu sprechen, dass in dem Standpunkte, mit welchem der wirtschaftlichen Existenz *einer* Person (nämlich des Schuldners) zu Liebe die Interessen der Mehrheit der Gläubiger herabgesetzt oder eventuell gar geopfert werden, — ein wirklicher Humanismus gar nicht erblickt werden kann.

Wenn es demgemäss auch Fälle geben kann, und es gibt auch solche, in welchen die Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners auch im gut erfassten Interesse der Gläubiger wünschenswerter ist, als die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners, kann man zur Beurteilung dieser Frage, und auf Grund dieser Beurteilung bei Auswahl derjenigen Modalität, welche unter den seitens des Gesetzes vorgesehenen verschiedenen Modalitäten der Abwicklung der Zahlungsunfähigkeit von ihren Standpunkte als am meisten entsprechend scheint, den Gläubigern allein einen Einfluss gewähren. Die in unserem Rechte zur Geltung kommende Möglichkeit, die es sozusagen zu einem ausschliesslichen Privilegium des Schuldners macht das ihm genehmste Verfahren zu wählen: steht daher mit den berührten Grundsätzen im krassem Widerspruche.

2. Damit aber der Entschluss der Gläubiger in der eben erwähnten Beziehung frei zur Geltung kommen könne, ist der proportionelle Ausbau der verschiedenen, zur Abwicklung einer mehrere Gläubiger interessierenden Zahlungsunfähigkeit die-

nenden Verfahren (Concurs-Zwangsvergleichs-Zwangsliquidations-Verfahren) in dem Sinne notwendig, dass keines dieser verschiedenen Verfahren für die Gläubiger von wirtschaftlichen Gesichtspunkte *unverhältnismässig* ungünstiger sei, als die übrigen, oder auch nur als eines der übrigen. Denn wenn es den Gläubigern gut bekannt ist, dass sie z. B. im Concursverfahren nur auf Befriedigung eines ganz unbedeutenden Bruchteiles ihrer Forderung und auch auf dies nur in den ausnahmsweisen Fällen rechnen können sind sie vielemal wieder Willen blos aus *diesem Grunde* gezwungen zu einem anderen Verfahren zu greifen, trotzdem sie das letztere in konkreten Falle nicht als richtige Modalität der Abwicklung der Zahlungsunfähigkeit halten.

In unserem Rechte — wie wir hierauf weiter unten (unter III. 2.) noch zurückgreifen werden — ist dies die Situation hinsichtlich den Concursverfahrens im Verhältnisse zum Verfahren des Zwangsausgleiches ausserhalb des Concurses und die letzte Quelle der vielen Beschwerden, welche eben zufolge des eben erwähnten Umstandes gegen das übermässig belastete weil im allzugrossem Masse in Anspruch genommene Zwangsvergleichs-Verfahren ertönten, war das hohe Maas des inferioren Charakters des Concursverfahrens, zufolge dessen der Concurs sozusagen mit der Nullificierung des Befriedigungsrechtes der Gläubiger gleichbedeutend ist.

Aus alldem folgt, dass wir vom *Gesichtspunkte der Verbesserung unseres Zahlungsunfähigkeits-Rechtes in erster Reihe bestrebt sein müssen* unser Concursverfahren in der Richtung zu verbessern, dass letzteres geeignet sei vom Gesichtspunkte der Befriedigung der Gläubiger einen ernst zu nehmenden Wert zu sichern.

3. Eine besondere Frage bildet es, ob der Gesetzgeber in Ansehung der Abwicklung einer mehrere Gläubiger interessierenden Zahlungsunfähigkeit mehrere verschiedene Verfahren bestimmen soll und wenn ja, welche? Vom Gesichtspunkte der Beurteilung dieser Frage müssen ausser den die innere Natur und die besondere Bestimmung des betreffenden Verfahrens betrachtenden Gesichtspunkten in erster Reihe die vaterländischen wirtschaftlichen (Handels) Verhältnisse ins Auge gefasst

werden und man darf nicht versuchen, durch einfache Übersetzung ausländischer juridischer Institutionen dem Übel zu steuern. Hält aber der Gesetzgeber die Bestimmung mehrerer Arten des Verfahrens am Platze — wie auch unser gegenwärtiges Recht mehrere solche Arten des Verfahrens kennt (ausser dem Censursverfahren das private — und das Zwangsvergleich-Verfahren und in einem bestimmten engeren Kreise die Zwangsliquidation) muss zwischen diese verschiedene Arten des Verfahrens *ein organischer Zusammenhang* geschaffen werden. Ist ja doch der Zweck eines jeden derselben: die sich an einen einheitlichen Tatbestand, an die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners knüpfenden Rechtsfolgen auf irgend eine Weise zu regeln.

Über die Gemeinschaft des Zweckes machen es auch Opportunitäts-Gesichtspunkte (Zeit- und Kostenersparnisse) nötig die verschiedenen Arten des Verfahrens in einander zu knüpfen.

Es gibt nämlich ebenzufolge des einheitlichen Charakters des Tatbestandes der Zahlungsunfähigkeit in allen Fällen einer mehrere Gläubiger interessierenden Zahlungsunfähigkeit gewisse Agenden solcher Natur, deren Versehung in jedem der verschiedenen Arten des Verfahrens nötig ist. Dies sind die so genannten *vorbereitenden* Agenden, so insbesondere: Feststellung des Vermögensstandes, die Entdeckung und Bewahrung des Vermögens, die Verificierung der Gläubiger, die Bereinigung der Prioritätsrechte.

Gegen die elementarsten Regeln der Wirtschaftlichkeit verstösst daher jener *modus procedendi*, welcher auch einer der grössten Mängel unseres gegenwärtigen Rechtes ist, den einheitlichen Charakter des Tatbestandes der Zahlungsunfähigkeit nämlich ausser Acht lassend, in jedem der sich eventuell mehreremal abwechselnden Arten des Verfahrens die Versehung der berührten gemeinsamen Agenden separat vorschreibt ohne zu gestatten (ja sogar zu fordern) dass in einem später erfolgenden Verfahren jene Ergebnisse verwertet — (verwendet) werden, welche in *eben derselben Zahlungsunfähigkeits-Sache* im Gange eines früheren Verfahrens festgestellt wurden. Nicht davon ist daher die Rede, dass im späteren Verfahren in Ansehung der in Rede stehenden gemeinsamen Agenden keinerlei novum geschehen könne, z. B. gegenstandlich der Ergänzung des

Vermögens-Standes; der unser heutiges Recht so ungünstig charakterisierende Zustand ist jedoch unhaltbar, wonach man z. B. in einem, nach dem Zwangsvergleichs-Verfahren ausserhalb des Concurses folgenden *Concursverfahren* die im Zwangsvergleichsverfahren schon vorgesehenen Agenden gänzlich wiederholen muss, ebenso, als ob früher gar nichts geschehen wäre.

Demgemäss ist es bei einer Reform unseres Zahlungsunfähigkeits-Rechtes nicht nur wünschenswert, sondern unumgänglich notwendig die zur Abwicklung der das Interesse mehrerer Gläubiger berührenden Zahlungsunfähigkeit (eventuell) vorgeschriebenen verschiedenen Arten des Verfahrens in dem *Sinne unter einen Nenner zu bringen* dass man die in allen derselben gemeinsamen (vorbereitenden) Agenden mit einer sich auf alle Verfahren erstreckenden Rechtswirkung nur einmal zu versehen habe.

*

Wie es aus obigen Ausführungen [A), B)] ersichtlich ist, erfordert eine Reform unseres Zahlungsunfähigkeit-Rechtes nicht die Lösung *einzelner Detail-Fragen* auf diese oder jene Weise, sondern die Geltendmachung der kurz skizzierten *grundlegenden Gesichtspunkte*. Dass die berührten grundlegenden Gesichtspunkte unserem gegenwärtigen Rechte tatsächlich nicht zur Geltung kommen, und dass der unbefriedigende Zustand unseres gegenwärtigen Rechtes eben auf den Mangel der Wirksamkeit dieser Gesichtspunkte zurückzuführen ist, — wird Aufgabe der weitem Ausführungen sein und im Zusammenhange damit wird angedeutet werden, auf welche Weise den berührten Gesichtspunkten in unserem zukünftigen Rechte Geltung zu verschaffen sei.

II.

Das eigentümliche Charakteristikon der modernen Rechtswentwicklung nicht nur bei uns, sondern auch in andern, über eine entwickeltere legislative Technik verfügenden Ländern ist es, dass die Lösung des Zahlungsunfähigkeits-Rechtes sozusagen ausschliesslich dem Concursverfahren zugewiesen erscheint.

Jenes, Gegenstand des Zahlungsunfähigkeits-Rechtes bildende Grundproblem, nämlich welche Wirkung die Tatsache

der Zahlungsunfähigkeit auf die Rechtslage des Gläubigers ausübt, fand zumeist nur für jenen Fall eine Lösung, als man nachdem der Schuldner nicht einen, sondern mehrere Gläubiger hat, wegen Abwicklung der mit der Zahlungsfähigkeit zusammenhängenden Rechtsverhältnisse auf das Vermögen des Schuldner den Concurs verhängt, oder dass irgend eine sich auf das Princip der *par conditio creditorum* gründendes andere Art des Verfahrens (Zwangsvergleichs-Verfahren) gegen den Schuldner anhängig gemacht wird.

Auf diesem Pfade schreitet auch unser Recht. Während nämlich im Concourse und in den sonstigen mit dem Concourse vom erwähnten Gesichtspunkte gleichbedeutenden sonstigen Arten des Verfahrens die rechtliche Lage des Gläubigers von dem Gesichtspunkte so ziemlich ausgebaut, ob und welche Verteidigungs- und Angriffs-Mittel dem Gläubiger seinem Schuldner gegenüber zur Verfügung stehen und während in Ansehung dessen, als ob die Regeln des sogenannten *materiellen Concurs-rechtes* unbefriedigend wären, nennenswerte Beschwerden nicht aufgetaucht sind, ist unser Recht für die Fälle der Zahlungsunfähigkeit *ausserhalb des Concurses* vom berührten Gesichtspunkte mangelhaft aufgebaut. Wenn wir aber in Betracht ziehen, dass laut den mit allen Concursgesetzen der Welt gleichlautenden Verfügungen unseres Concursgesetzes (§§-e 87 und 165) das Concursverfahrens — abgesehen von dem Falle des Vorhadenseins nur eines persönlichen Gläubigers — nicht anhängig gemacht werden kann, und wenn es anhängig ist von Amtswegen einzustellen ist, falls das vorhandene Vermögen selbst zur Deckung der Kosten des Verfahrens ungenügend ist (vergleiche auch §. 16. I. und § 85 Punkt I. 2. der V.) ist es offenkundig, dass Insolvenzen ausserhalb des Concurses nicht zu den grössten Seltenheiten gehören. Im Sinne der berufenen Verfügungen kann nämlich gegen einen Schuldner, auch wenn er Gläubiger in welcher grosser Anzahl immer hat, der Concurs oder das Zwangsausgleichsverfahren nicht eingeleitet werden, falls es ihm mit geschickten Manipulationen gelungen ist, sein Vermögen derart zu verringern, dass für die Spesen solcher Arten eines collegialen Verfahrens keine Deckung bleibt.

In solchen Fällen des Zwangsausgleichs--Verfahrens aus-

serhalb des Concurses aber sind jene *Schutzmittel*, welche dem Gläubiger im Concurse zur Verfügung stehen, in unserem Rechte bedeutend mangelhafter ausgebaut, als im Concurse oder im Zwangsvergleichs-Verfahren ausserhalb des Concurses (A), ein sich auf Wiedererwerben der dem Gläubiger entzogenen Befriedigungs-Grundlage *richtendes Angriffsmittel*, das sogenannte *Anfechtungsrecht* ist dem Gläubiger ausserhalb des Concurses ganz entzogen (B), schliesslich fehlt auch der gegen die auf Vereitelung des Befriedigungs-Rechtes des Gläubigers gerichteten schädigenden Handlungen des Schuldners im Concursverfahren zu Gunsten des Gläubigers gesicherte *strafrechtliche Schutz* (C).

A) Die uncodifizierten Regeln unseres Privatrechtes und ebenso des E. B. G. gewähren zwar (nach Muster der Regeln des materiellen Concursrechtes) mehrere *Schutzmittel* für den Fall als der Schuldner zufolge seiner Zahlungsunfähigkeit nicht im Stande ist seine Schulden. (rechtzeitig) zu leisten (gesetzliches Pfandrecht, Retentionsrecht, Compensationsrecht); die diesbezüglichen Regeln des Privatrechtes sind jedoch bei weitem nicht befriedigend. Diese Regeln nämlich, wenn sie dem Gläubiger auch unabhängig vom Concurse Schutz bieten, machen teilweise keinen Unterschied zwischen einem zahlungsfähigen und einem zahlungsunfähigen Schuldner und bieten zufolge dessen, dass die Gewährung des Schutzes nicht an die Tatsache der Zahlungsunfähigkeit knüpfen, dem Gläubiger bald mehr und bald weniger; mehr, falls der Schuldner zahlungsfähig — weniger falls er zahlungsunfähig ist (gesetzliches Pfandrecht: weiter unten sub a.); teils bestimmen die berührten Regeln die Bedingungen des Schutzes abweichend von jenen Bedingungen, welche im Concursgesetze vorgesehen sind (Compensations-Retentions-Recht: weiter unten sub b. und c.); schliesslich steht ein dem Gläubiger im Concursverfahren am wirksamsten zu Gebote stehendes Schutzmittel: *exceptio ruinae*, dem Gläubiger überhaupt nicht zur Verfügung (weiter unten sub d.).

a) Dem Absonderungs-beziehungsweise dem besonderen Befriedigungsrechte im Concursverfahren entspricht jener Schutz, welchen das Privatrecht in Ansehung gewisser Schuld-

verhältnisse durch das gesetzliche Pfandrecht zu Gunsten des Gläubigers (des Vermieters: § 1503 und folgende §§-e des E. B. G.; des Unternehmers: § 1597 ebendort; des Gastwirts: § 7 des Gesetz Art. XIV. vom Jahre 1924, § 1351 des E. B. G.) sichert. Wie sehr es aber auch zweifellos ist, dass jedes der erwähnten gesetzlichen Pfandrechte dem begünstigten Gläubiger unabhängig davon Schutz gebührt ob der Schuldner in Concurs geraten ist oder nicht, ebenso strittig ist es de lege lata, und ebenso steht dies vom Gesichtspunkte des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, ob die Ausübung des gesetzlichen Pfandrechtes, insbesondere die Möglichkeit der in diesem Rechte gesicherten Retention dadurch beeinflusst wird, dass der Schuldner — obwohl ausserhalb des Concurses — zahlungsunfähig wurde. Die Frage verschärft sich falls der begünstigte Gläubiger noch keine fällige Forderung gegen Schuldner hat z. B. deshalb, weil ersterer mit der Leistung vorangehen muss (§ 1130 III. E. B. G.).

Nehmen wir an, A. habe dem Instrumentenmacher B. ein teures Instrument zur Reparatur übergeben und ist mit ihm dahin übereingekommen, er werde den bedungenen Arbeitslohn erst nach Übernahme des reparierten Instrumentes nach Verlauf einer gewissen Frist bezahlen, damit er Gelegenheit habe das Instrument nach der Reparatur auszuprobieren.

Kann der Instrumentenmacher die *ohne gleichzeitiger Zahlung begehrte Austolung* des Instrumentes auf Grund eines gesetzlichen Pfandrechtes verweigern? Ja — sagt Plank,¹⁾ — denn nicht darauf liegt der Schwerpunkt, dass die Forderung *fällig sei*, sondern darauf, dass die Forderung überhaupt, wenn auch an eine Zeit oder an eine Bedingung gebunden — auf — *recht bestehe*. Entgegengesetzt Dernburg.²⁾ Seiner Meinung nach kann der zur vorherigen Leistungsverpflichtete die Herausgabe der Sache mit Berufung auf ein gesetzliches Pfandrecht keineswegs verweigern, denn das Vorhandensein des gesetzlichen Pfandrechtes kann eine *Abänderung des Vertragsinhaltes* nicht hervorrufen. Meiner Meinung nach finden wir in der auf-

1) Kommentar z. B. G. B. ad § 547 sub 2/a.

2) Bürgerliches Recht 1 und 2. Ausgabe Band II. § 223, Seite 443.

geworfenen Frage die richtige Lösung, wenn wir die *concur-rechtliche Abstammung* des in Rede stehenden Pfandrechtes in Betracht ziehen;³⁾ de lege ferenda muss sich daher die Entscheidung um das drehen, ob derjenige, der die Herausgabe der Sache fordert, zahlungsfähig ist oder nicht.

b) Während wir in dem seitens des Privatrechtes gesicherten oben berührte gesetzlichen Pfandrechte laut obigen Auseinandersetzungen die Ausdehnung des dem Gläubiger im Concursrechte gesicherten Schutzes auf die Fälle der Zahlungsunfähigkeit ausserhalb des Concurses erkennen, fehlt in Ansehung, *sonstiger*, bis dahin ebenfalls im Concursrechte geregelter *Schutzmittel* (insbesondere der Compensation) in unsrem bestehenden Rechte eine rechtliche Grundlage zur Anwendung derselben unter identischen Bedingungen auf die Zahlungsunfähigkeit ausserhalb des Concurses. Daraus jedoch, dass eine den Gläubiger schützende Rechtsinstitution im Concursrechte separat geregelt erscheint, kann keineswegs vom Gesichtspunkte der Rechtsanwendung die Folgerung gezogen werden, dass der in einer im Concursrechte geregelten Rechtsinstitution zu Gunsten der Gläubiger gesicherte Schutz in den Fällen einer Abwicklung der Zahlungsunfähigkeit *ausserhalb* des Concurses oder ausserhalb eines sonstigen dem Concurse ähnlichen Verfahrens, überhaupt nicht, oder nur unter vom Concurse abweichenden Bedingungen zur Wirksamkeit gelangen könne. Wenn nämlich der Gesetzgeber irgend einer den einzelnen Gläubiger schützenden Rechtsinstitution im Concursrechte eine specielle Regelung gewährt, tut er dies offenbar nicht deshalb, als ob er der Überzeugung wäre, der auf dieser Weise im Concurse gewährte Schutz wäre im Falle einer Zahlungsunfähigkeit ausser des Concurses nicht am Platze, sondern im Gegenteil er tut dies deshalb, um jeden Zweifel in Ansehung dessen zu benehmen, dass der gesteigerte Schutz des Gläubigers sogar im Concurse zur Geltung kommt, trotzdem hier der gesteigerte Schutz ein-

³⁾ Vergl. *Plank* cit. Werk. subl.: „der § 647 erweitert das durch die alte K. O. § 41 Nr. 6. den Künstlern, Werkmeistern, Handwerker im *Concurse* eingeräumte Vorrecht zu einem *gesetzlichen Pfandrecht* des Unternehmers an bestimmten Gegenständen“. C. G. § 57.

zelter Gläubiger eigentlich mit dem Principe der par conditio im Widerspruch gerät.

Demgemäss verweist schon vom *Gesichtspunkte unseres bestehenden Rechtes* das Argument a majori ad minus sozusagen mit zwingender Kraft auf den Rechtsatz, dessen ausdrückliche Festsetzung vom Gesichtspunkte der Reform unseres Zahlungsunfähigkeits-Rechtes von grundlegender Wichtigkeit ist, dass nämlich *alljene Verfügungen, welche im Concourse* (unabhängig vom Concurs-Verfahren) *einzelnen Gläubigern einen speciellen Schutz bieten, keine speciellen Concurs-Regeln, sondern zur Geltung kommende Sätze des allgemeinen Zahlungsunfähigkeits-Rechtes sind.*

Dieses Princip steht vor allem hinsichtlich der Einrechnung (Compensation). Obwohl es die neuere privatrechtliche Dogmatik klar sieht, die Einrechnung sei nicht blos ein sich auf processual-ökonomische Gesichtspunkte gründendes Bequemlichkeits-Mittel, welches die zeitraubende Hin- und Hersendung der Zahlungsmittel überflüssig macht,⁴⁾ sondern eine Möglichkeit in der Hand des Schuldners und gleichfalls Gläubigers, seinen Gläubiger ohne Willen des letzteren *ja sogar trotz seines Willens, also im Wege des Zwanges* dadurch befriedigen zu können, dass der Schuldner seine Gegenforderung insoferne, als diese den Wert der andern Forderung deckt, — als beglichen nimmt und obwohl eine dem Gläubiger auf diese Weise aufzwingbare Befriedigung eben dann von Bedeutung ist, wenn der Gläubiger — zahlungsunfähig geworden ist, denn in diesem Falle ist der Schuldner nicht im Stande seine Gegenforderung anderst einzutreiben, — haben die positiven Rechte hieraus die Folgerung, die Bedingungen der Ausübung des Einrechnungsrechtes können im Zustande der Zahlungsunfähigkeit ausserhalb des Concourses nicht strenger sein, als im Concourse, — nicht gezogen. Nur hieraus wird es erklärlich, dass auch unser Recht bei den allbekannten sogenannten *Vorbedingungen* der Einrechnung beharrt, selbst dann, wenn der Gläubiger als Schuldner der Gegenforderung zahlungsunfähig ist, ohne wahrzunehmen, dass hierdurch der Schuldner nicht nur einer verhältnis-

⁴⁾ So noch Dernburg cit. Werk. II. § 124, Seite 283.

mässig bequemen Weise der Befriedigung, sondern vielmals auch der einzigen Möglichkeit der Befriedigung beraubt wird.

Die Gegenforderung des Schuldners, der von der Einrechnung Gebrauch machen will, muss unter andern *fällig* und mit der Forderung des Gläubigers *gleichartig* sein (E. B. G. § 1267). *Nur im Concursverfahren* ist es möglich, dass der Gläubiger *auch seine noch nicht fällige* Forderung einrechnen könne (C. G. § 38) und nur das Zwangsvergleichsverfahren ist es, in welchem weiter gehend als § 38 des C. G. die Verschiedenartigkeit der Forderungen kein Hindernis der Einrechnung bildet. Ist jedoch der Schuldner wohl zahlungsunfähig, ein Concur oder ein Zwangsvergleichs-Verfahren aber gegen denselben nicht anhängig, ja ein solches gegen ihn auch nicht statthaft, — ist die Möglichkeit einer Einrechnung ausgeschlossen.

Ist es aber richtig, dass die Milderung der Vorbedingungen der Einrechnung im Concurse (beziehungsweise im Zwangsvergleichs-Verfahren) sich auf dem Gedanken gründet, dass in der Gegenforderung des Cridatars, das heisst in seiner *eigenen Verpflichtung* (nämlich des Gläubigers) eine Deckung solcher Natur zur Verfügung steht, deren Wert eben dadurch gegeben ist, dass die andere Partei zahlungsunfähig wurde, dann ist es auch sicher, dass die Einrechnung im Concurse weder mit dem Concursverfahren, noch mit der Befriedigung der übrigen Gläubiger etwas zu schaffen hat und es ist demzufolge eine Eigenschaft der Einrechnung im Concurse, dass sie vom Concursverfahren unabhängig ist, also in diesem Sinne *eine Einrechnung ausserhalb des Concurses ist*.

Wenn wir daher durch die Einrechnung im Concurse dem Gläubiger diesen Schutz gewähren, trotzdem hier das Princip der par conditio vorherrschend ist, muss dieser Schutz umso eher und zwar unter den gleichen Bedingungen dort zur Wirksamkeit gelangen, wo zwar kein Concurs- oder kein Zwangsvergleichs-Verfahren anhängig ist, im übrigen aber vom Gesichtspunkte des einzelnen Gläubigers die tatsächliche und rechtliche Lage zufolge Zahlungsunfähigkeit des Schuldners dieselbe ist.

Darüber kann man streiten, ob man im Concursverfahren eben behufs je wirksamer Sicherung des Principes der par con-

ditio die Ausübung des Einrechnungsrechtes eingeschränkt werden muss und wenn ja auf welche Weise (siehe unten sub IV.), vom rechtlichen Gesichtspunkte aber ist der Standpunkt unhaltbar, welcher die im Concourse gesicherte Begünstigung dem Gläubiger dem zahlungsunfähig gewordenen Schuldner gegenüber verweigert. Im Gegenteil: *man muss* dem obigen Grundprincipe entsprechend die *Einrechnung dem zahlungsunfähig gewordenen Schuldner gegenüber unter denselben Bedingungen gewähren, unter welchen und in welcher Ausdehnung dieselbe im Concourse statthalt ist.*

c) Wie das Recht der Einrechnung ist auch das Zurückhaltungsrecht (exceptio non adimpleti contractus) *dem zahlungsunfähigen Schuldner* gegenüber oft das *einzige Mittel* in der Hand des Gläubigers in Ansehung der Befriedigung einer gefährdeten Forderung. Eben deshalb, wie richtig es auch ist, die Ausübung des Zurückhaltungsrechtes gegenüber dem zahlungsfähigen Schuldner an die Bedingung zu knüpfen, die Forderung *müsse fällig* sein, ebenso unrichtig ist es bei dieser Bedingung zu beharren, wenn der Schuldner zahlungsunfähig ist (vergleiche auch oben unter a.).

Den Standpunkt unseres positiven Rechtes charakterisiert auch in dieser Beziehung eine Inkonsequenz. Wir sehen nämlich auch im unserem Rechte in Ansehung des dem allgemeinen (privatrechtlichen) Zurückhaltungsrechte gegenüber *stärkeren* (weil auch auf Befriedigung berechtigenden) *Handels- und Wechsel-Zurückhaltungs-Rechtes* den Gedanken verwirklicht, man dürfe im Concourse des Schuldners nicht mehr der Bedingung der Fälligkeit beharren (§ 309. H. G. III.); ja sogar insoferne die jetzt berufenen Gesetze das sogenannte *ausserordentliche* Zurückhaltungsrecht, welches auch auf Grund einer nicht fälligen Forderung ausgeübt werden kann, selbst für den Fall gewähren, als eine gegen den Schuldner auf Grund einer Geldschuld geführte gerichtliche Zwangsvollstreckung fruchtlos war, ist in unserem Rechte auch der enge Zusammenhang dieses Gedankens mit *dem allgemeineren Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit* wahrnehmbar. Ein solcher allgemeiner Rechtsatz aber, wie dies § 897 des Schweizer allg. bünd. Gesetzbuches in Ansehung des unserem Handels-Zurückbehaltungsrechte entsprechenden

„Retentionsrechtes“ enthält, dass nämlich der Gläubiger das Zurückbehaltungsrecht im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auch auf Grund einer nicht fälligen Forderung ausüben könne — fehlt in unserem bestehenden Rechte.

d) Unser Concursgesetz gewährt in Ansehung *der Leistung zweiseitiger Verträge* dem Gläubiger einen weitgehenden Schutz gegen die ihn zufolge Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohende Gefahr.

Die principielle Grundlage der diesbezüglichen Verfügung (§ 20. C. G.) ist, es könne billig von niemanden erwartet werden, dass er die ihn belastende Schuld ungeschmälert leiste, wenn er auf die ungeschmälerte Leistung der gegenseitigen Verpflichtung zufolge Zahlungsunfähigkeit des andern Theiles nicht mehr rechnen kann.

Im Concourse nämlich, falls der gegenseitige Vertrag vor Eröffnung des Concurses, seitens keiner der Parteien erfüllt wurde, wird der Vertragsgenosse des Cridatars entweder ganz des Vertrages enthoben, oder er ist falls der Masseverwalter bei der Erfüllung des Vertrages beharrt, nicht gezwungen sich auf Art eines Concursgläubigers mit einer verhältnismässigen (quotalen) Befriedigung zu begnügen, sondern er kann als Massegläubiger auf die ungeschmälerte Befriedigung beharren (§ 20 und § 48. 2. C. G.). Dem Verkäufer gebührt daher insoferne auch er zur Erfüllung gezwungen wird, im Concourse des Käufers der volle Kaufpreis. Im wesentlichen besteht dieselbe Lage — auch Mangels einer ausdrücklichen Verfügung — im Zwangsvergleichs-Verfahren. Aus dem Umstande zwar, dass die V. hinsichtlich der Erfüllung der zweiseitigen Verträge keine Verfügung enthält, könnte man prima facie dahin folgern, dass der Verkäufer im Zwangsausgleichs-Verfahren gegen den Käufer gezwungen sei, seinerseits ebenso zu erfüllen, als ob gegen den Käufer ein solches Verfahren nicht anhängig wäre; er hingegen, nachdem seine Forderung unter die durch das Ausgleichs-Verfahren „berührten“ Forderungen gehört, könnte blos die Ausgleichs-Quote fordern.

Es wäre jedoch mit dem Geiste der V., welche in einer andern wesentlich ganz ähnlichen Lage, insbesondere im Zusammenhange mit der Einrechnung dem Gläubiger einen noch

wirksameren Schutz gewährt, als das C. G. (siehe oben unter b.) kaum im Einklange, den Verkäufer in diesem Falle zur ungeschmälerten Erfüllung zu verhalten, wo es doch im vorhinein sicher ist, dass sein Schuldner (der Käufer nämlich) nur einen Bruchteil seiner Schuld leisten werde. Vom Gesichtspunkte der Rechtsanwendung bezeichnet daher § 60 der V. den richtigen Weg.⁵⁾

Das Concursrecht gewährt jedoch über den berührten Schutz hinaus in einem vom Gesichtspunkte der Praxis besonders wichtigen Falle der zweiseitigen Verträge im Kreise des Kaufes auch in dem Falle einem Schutz, wenn der Verkäufer seinerseits zur Erfüllung *schon alles tat*; insbesondere wenn er die Waare schon vor Eröffnung des Concurse lieferte. Den Schutz bietet das sogenannte *droit de suite*, welches in unserem Concursgesetze nach Muster der Code Commerce (§ 576) geregelt wird (§ 44). Diese Regelung ist sogar für den Verkäufer insoferne günstiger als das im englischen Rechte bekannte right of stoppage — weil es behufs Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes nicht fordert, dass der Verkäufer das Einlangen der Waare an den Käufer *tatsächlich verhindern*, (positivum), sondern sich damit begnügt, dass die Waare vor Eröffnung des Concurse nicht in den Besitz des Käufers gelangt sei (negativum). Und obschon das berührte Recht hauptsächlich in dem Falle eine praktische Bedeutung hat, als der Käufer im Zeitpunkte des Geschäfts-Abschlusses *noch nicht zahlungsunfähig war*, schützt die Verfügung den Käufer auch im Falle eines schon *im zahlungsunfähigen Zustande des Käufers* zustande gekommenen Verkaufes vorausgesetzt, dass das berührte negativum vorhanden ist, das heisst, dass die Waare vor Eröffnung des Concurse nicht in den Besitz des Käufers (oder seines Stellvertreters) gelangte.

Wir gelangen zu einem ganz anderen Ergebnisse, wenn wir betrachten, wie sich die Lage gestaltet, wenn im Falle eines zweiseitigen Vertrages eine der Parteien wohl zahlungsunfähig

⁵⁾ Ebenso Meszlény: Zwangsausgleichs-Verfahren ausserhalb des Concurse III. Ausgabe, Seite 169.

wurde, aber gegen dieselbe weder der Conkurs verhängt, noch das Vergleichsverfahren anhängig ist.

Wird auch in einem solchen Falle der Zahlungsunfähigkeit der anderen Partei ein Schutz gewährt, insbesondere wird sie von Verträge enthoben, wenn die Erfüllung vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit seitens keiner der Parteien erfolgte, so wie dies im Concourse der Fall ist, und insbesondere schützt das Recht den Käufer, falls er schon vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Käufers geliefert hat? Dies sind lauter Fragen, auf welche wir in unserem bestehenden Rechte keine beruhigende Antwort erhalten.

Wie sehr es hinsichtlich der ersten Frage offenkundig zu sein scheint, dass in Ansehung der noch nicht erfüllten zweiseitigen Verträge der als Grundlage der Regelung des Concursrechtes dienende berührte principielle Standpunkt nicht blos der Hintergrund einer speciell concursrechtlichen Verfügung sein kann, sondern dass die Regel des Concursrechtes auch gleichfalls ein privaträchtlicher Satz ist, welcher ebendeshalb *auch im Falle einer Zahlungsunfähigkeit ausserhalb des Concurses* richtunggebend zu sein hat, — sichert dennoch unser bestehendes Recht im Falle einer Zahlungsunfähigkeit ausserhalb des Concurses dem Gläubiger keinen derartigen Schutz.

Diesbezüglich wird nur dann eine Aenderung eintreten, wenn der Entwurf des B. G. — zum Gesetze erhoben wird. Der Entwurf bringt nämlich den Standpunkt bestimmt zum Ausdruck, dass im Falle eines zweiseitigen Vertrages die in der Person des einen Vertragsteiles eintretende Zahlungsunfähigkeit (zerrüttete Vermögenslage) die andere Partei wenn auch nicht der sie belastende Verpflichtung enthebt, dennoch die Erfüllung dieser Verpflichtung wesentlich beeinflusst. Dieser Standpunkt kommt insbesondere in der Verfügung zum Vorschein, welche jene Partei die in der Leitung *voran zu gehen hat*, zur Verweigerung der Leistung berechtigt, wenn zur Zeit als sie zu erfüllen hat, die Vermögensverhältnisse der anderen Partei derart schlecht sind, dass ihre Forderung auf Gegenleistung gefährdet ist (§ 1330. III.).

Die Ration der Verfügung ist identisch mit derjenigen, welche auch dem angeführten § 20 des C. G. als Grundlage

dient. Insbesondere wer im Falle eines zweiseitigen Vertrages sich dazu verpflichtete, dass er seine Verpflichtung früher erfüllt, als der andere die seine, sich der Einwendung der non adimpleti contractus nicht bedienen kann und dieser Satz gibt auch keinen Grund zu einem Bedenken, insolange die Forderung auf Gegenleistung des auf vorangehende Leistung Verpflichteten nicht gefährdet ist. Die Lage ändert sich jedoch, wenn in dem zur Leistung bestimmten Zeitpunkte (oder auch schon früher, aber nach Abschluss des Vertrages) der zur Gegenleistung Verpflichtete zahlungsunfähig wird. Der zur Leistung im vorhinein Verpflichtete hat nämlich der andern Partei die Leistung in der Voraussetzung creditiert, dass letzterer zahlungsfähig ist. Es kann daher von ihm billig nicht erwartet werden, dass er im vorhinein leiste, trotzdem aus den Umständen offenkundig erscheint, dass er zu der ihm gebührenden Gegenleistung niemals gelangen wird. Nur eine Anwendungsfall des berührten allgemeinen Satzes ist die Verfügung des E. B. G. (§ 1315), welche die Verweigerung des Darlehenvorvertrages, das heisst der Erfüllung des Versprechens auf ein Darlehen schon aus dem Grunde einer im Zeitpunkte des Vertragsschlusses bestehenden Vermögenszerrüttung (Zahlungsunfähigkeit) gestattet, wenn hierdurch die Zurückzahlung des Darlehens gefährdet ist.

Es kann aber auch nicht verschwiegen werden dass unsere Spruchpraxis schon zu Vorkriegszeiten, noch mehr aber in der die clausula rebus sic stantibus immer stärker betonenden spätern Entwicklung in guter Absicht bestrebt war, dem Verkäufer des zahlungsunfähig gewordenen Käufers in der hier in Rede stehenden Beziehung (die Erfüllung erfolgte seitens keiner der Parteien) zu helfen. Diese Spruchpraxis betont wohl, im Falle eines Verkaufes auf Credit habe sich der Verkäufer hinsichtlich der Creditfähigkeit des Käufers im vorhinein zu orientieren dennoch findet sich im Gegensatz zu jenen richterlichen Entscheidungen, welche die Verweigerung der Erfüllung *ausschliessen*, nicht eine Entscheidung laut welcher der Verkäufer als mit Rücksicht auf die mittlerweile (nach Abschluss des Vertrages) hinsichtlich der Creditfähigkeit des Käufers eingetretene Erschütterung berechtigt ist die Leistung zu verweigern,

und er ist trotz eines in der Voraussetzung der Creditfähigkeit zugesagten Crediten nicht gehalten die Waare auszufolgen (C. E. II. Seite 38.).

Während aber in Ansehung der seitens keiner der Parteien erfüllten (Kauf) Verträge unsere Spruchpraxis wenigstens bis zu einem gewissen Grade durch Sicherung des berührten Rücktritt-Rechtes dem Verkäufer auch im Falle einer ausserconcursslichen Zahlungsunfähigkeit des Käufers einen Schutz geboten hat, und während unser zukünftiges codificiertes Recht eine wesentliche Neuerung enthält, und zwar im Allgemeinen *in Ansehung der zweiseitigen Verträge*, — steht der Verkäufer, der seinerseits vor Eintritt der *ausserconcursslichen Zahlungsunfähigkeit* die Waare schon geliefert hat ohne Schutz. Denn wenn auch davon die Rede sein könnte, der Verkäufer könne *im Falle einer schon bei Vertragsschluss beim Käufer vorhandenen gewesenen Zahlungsunfähigkeit* das Geschäft unter dem Titel des wesentlichen Irrthums mit Rücksicht darauf anfechten, dass im Falle eines Verkaufes auf Credit die Zahlungsfähigkeit des Käufers ein wesentliches constitutives Element des *Vertragsinhaltes ist*, und wenn es richtig ist, dass er dies tun kann, auch wenn seitens des Käufers kein besonderes sich auf eine Irreführung richtendes Verhalten (eine betrügerische Irreführung, List) obwaltet, und der Verkäufer als Ergebniss des erfolgreichen Angriffes die schon ausgefolgte Waare zurück-erhalten kann, — gibt es für all' dies in dem Falle keine rechtliche Möglichkeit, wenn — woraus wir ausgegangen sind — der Käufer nach Abschluss des Vertrages in den Zustand der ausserconcursslichen Zahlungsunfähigkeit gerät. Ist aber eine Rückforderung im Concourse am Platze, wo doch die Sicherung dieses Rechtes in einem gewissen Maasse gegen das Princip der *par conditio* verstösst, muss das Rückforderungsrecht umso eher im Zustande der ausserconcursslichen Zahlungsunfähigkeit gesichert werden.

B) Das Vertrauen, welches der Gläubiger in die Zahlungsfähigkeit des Schuldners setzt, wird des öfteren dadurch erschüttert, dass der Schuldner, zur Zeit als er nicht mehr zahlen kann, oder wenigstens seine sämmtlichen Gläubiger nicht mehr voll zu befriedigen im Stande ist, einzelne Personen, die nicht

unbedingt in den Kreis der Gläubiger gehören, begünstigt und dadurch seinen Gläubigern die Deckungs-Grundlage entzieht, auch das ist kein seltener Fall, dass der Schuldner direkt mit jemand ändern unter einer Decke spielt um seine Gläubiger zu seinem eigenem Vorteile oder zu Gunsten eines anderen zu schädigen. Ein derartiges Vorgehen seitens des Schuldners ist naturgemäss vom Gesichtspunkte der Gläubiger-Interessen insbesondere im Falle *eines Personal-Kredites* gefährlich, denn in diesem Falle hat der Gläubiger, ins solange er kein Pfandrecht, kein Befriedigungs- oder Sicherstellungsrecht (Zurückbehaltungsrecht) erworben hat, über das Vermögen seines Schuldners keinerlei Macht. Es ist daher offenkundig, dass der Gläubiger gegenüber der in Rede stehenden Handlungen des Schuldners eines Schutzes bedarf. Durch die berührte Erkennung der Notwendigkeit eines Schutzes geleitet, haben die verschiedenen Gesetzgebungen es dahin gebracht nach Muster der *Pauliana actio* des römischen Rechtes die Anfechtung dieser, das Vermögen des zahlungsunfähigen Schuldners berührenden, die Befriedigungs-Grundlage der Gläubiger entziehenden, oder dieselbe zum Nachteile der Gläubiger schmälern den Rechtshandlungen zu ermöglichen, und den durch die angefochtene Rechtshandlung entzogenen Vermögenswert zu eigenen Befriedigung in Anspruch nehmen zu können.

Die Eigentümlichkeit der Rechtsentwicklung aber, welche die Lösung der mit der Zahlungsunfähigkeit verbundenen Probleme nur im Rahmen des *Concursverfahrens* für nötig hielt, zeigt sich auch hinsichtlich des jetzt besprochenen Gesichtspunktes. Es ist richtig, dass auch die Urquelle des Anfechtungs-Rechtes, die *Pauliana actio* im römischen Rechte, nur für den Fall eines vom unsrigen wohl wesentlich verschiedenen Concurses bestimmt war, im gemeinen deutschen Rechte aber war die Bedingung des Anfechtungsrechtes bloß mehr die Zahlungsunfähigkeit, während der Umstand, ob der Zahlungsfähige gleichzeitig auch Cridatar war, oder nicht, von keiner Bedeutung war.

Dennoch erfolgte die erste sich auf das ganze Gebiet des deutschen Reiches erstreckende gesetzliche Regelung des Anfechtungsrechtes in der Reichsconcursordnung vom Jahre 1877

blos innerhalb des Rahmens eines Concurse und nur später im Jahre 1879 wurde ein besonderes Gesetz über das Anfechtungsrecht ausserhalb des Concurse geschaffen⁶⁾ und zwar zu dem ausdrücklichen Zwecke, um die Regeln des Anfechtungsrechtes im Concurse mit Rücksicht auf die, beide Materien durchdringenden einheitlichen Gesichtspunkte auch ausserhalb des Concurse in Anwendung zu bringen. Ähnlich ist die Lage in Österreich, woselbst die im § 953 des B. G. enthaltene mangelnde Regelung ausser Acht lassend, die Frage der ausserordentlichen Anfechtung erst im Jahre 1884 eine mit der Anfechtung im Concurse einheitliche Regelung erhielt.⁷⁾

In unserem vaterländischen Rechte aber ist, trotz auf Jahrzehnte zurückgreifender vorbereitender Arbeiten das Anfechtungsrecht ausserhalb des Concurse bis heute noch immer nicht geregelt und demzufolge besteht eine Möglichkeit zur Anfechtung gewisser Rechtshandlungen des Schuldners den Gläubigern gegenüber nur in Verbindung mit einem Concurse und nur innerhalb des Rahmens des Concursverfahrens. Um zu veranschaulichen, wie ungenügend dieser Zustand ist, genügt auf die schon berufene Verfügung des C. G. zu verweisen, laut welcher die Eröffnung eines Concurse nicht statthaft sei, wenn der Schuldner nur einen persönlichen Gläubiger hat, wenn aber das tatsächlich vorhandene Vermögen zur Deckung der Kosten des Verfahrens nicht genügt, kann die Eröffnung des Concurse nur angeordnet werden, falls sich die Gläubiger zur Deckung der Kosten des Concursverfahrens erbötig machen und einen seitens des Gerichtes zu diesem Zwecke bestimmten Betrag hinterlegen. Die Folge dieser Verfügung aber ist, dass das Anfechtungsrecht eben in jenen Fällen ausgeschlossen ist, in welchen dasselbe am meisten von Nöten wäre, insbesondere gegen einen Schuldner, der mittelst seiner (übrigens im Concurse anfechtbaren) Rechtshandlungen sein Vermögen derart vor seinen Gläubigern verschwinden liess, dass selbst für die Kosten des

⁶⁾ Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Concursverfahrens vom 1-ten Juli 1879, modifiziert durch das Gesetz vom 17-ten Mai 1888.

⁷⁾ Gesetz vom 16-ten März 1884, über die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche das Vermögen zahlungsunfähigen Schuldner betreffen.

Concurs-Verfahrens keine Deckung verblieb. Der Conkurs könnte nämlich in solchen Fällen bloß um den Preis des berührten beträchtlichen Opfers eröffnet werden, diese Opfer zu bringen sind aber die Gläubiger gewöhnlich nicht geneigt, nachdem ihre Forderungen diese grossen Kosten nicht vertragen, Mangels eines Concurses jedoch kann nicht angefochten werden.

Wir müssen daher vom Gesichtspunkte der Reform unseres Zahlungsunfähigkeits-Rechtes die gesetzliche Regelung des Anfechtungsrechtes ausserhalb des Concurses als ein wesentliches Erfordernis hinstellen. Die Art und Weise dieser Regelung ist teilweise durch die bezüglichlichen ausländischen Gesetzes-Schöpfungen, teilweise durch die schon früher (durch Dr. Jakob Schreyer) verfertigten und zuletzt (in der Sammlung der Justiz-Entwürfe Jahrgang XIV. Nr. 3.) veröffentlichten Entwürfe nicht nur in Ansehung der *Grundprincipien* sondern auch der *Detaills* genügend ins Klare gebracht. Es sei mir deshalb gestattet die Aufmerksamkeit bloß auf zwei Gesichtspunkte zu lenken, welche bei Regelung der besprochenen Rechtsinstitution eine besondere Überlegung erheischen.

a) Der E. B. G. enthält im Teile über die Schuldverhältnisse unter dem Titel: „Übernahme von Schulden“ einzelne Verfügungen gegenständlich der Anfechtung ausserhalb des Concurses.⁸⁾ Diese Regelung berechtigt uns die Frage aufzuwerfen, ob die Regelung dieser Materie dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche vorzubehalten, oder ob ein besonderes Gesetz zu schaffen sei. Meiner Meinung nach ist die letztere Lösung aus folgenden Gründen richtiger.

α) Die Frage der Anfechtung ausserhalb des Concurses erheischt die sich auch auf die *Detaills* erstreckende Regelung

⁸⁾ §. 1240. „Im Falle einer Übertragung von Vermögensgegenständen unter Lebenden mittelst eines unentgeltlichen Rechtsgeschäftes ist der Beschenkte oder dessen unentgeltlicher Rechtsnachfolger nach den Regeln des Ersatzes der ungerechtfertigten Bereicherung für das erhaltene Geschenk oder den erhaltenen Wert dem Gläubiger des Schenkers gegenüber als Entschädigungs-Bürge haftbar für die zur Zeit der Schenkung aufrecht bestandenen und bei demselben uneintreibbaren Schulden (I.). Richtete sich die Schenkung auf eine Auspiélung des Gläubigers und war diese Absicht dem Beschenkten bekannt, hat zur Abwendung seiner Verantwortung der Beschenkte zu beweisen die Forderung sei beim Schenker eintreibbar (II.).

ziemlich complizierter Rechtsprobleme. Eine solch spezielle in die Details eingehende Regelung liesse sich kaum in einen die allgemeinen Regeln enthaltenden Codex einfügen. Deshalb hat auch das ausländische (insbesondere das österreichische und das deutsche) Recht den Weg der Regelung in einem besonderem Gesetze gewählt und unter andern haben bei uns die berührten Entwürfe auch aus diesem Grunde die Regelung in einem besonderen Gesetze vorgeschlagen.

β) Hiezu kommt noch, dass die Frage im engsten Zusammenhange mit dem Concursrechte steht, die Regeln desselben stützen sich grössten Theiles auf die Institution der Anfechtung innerhalb des Concurses, was uns schon an und für sich davor warnt, die in Rede stehende Materie in einen solchen Boden zu versetzen, in welchem sie keine Wurzel fasst.

γ) Sollte die Gesetzgebung — eben mit Rücksicht auf die berührten Schwierigkeiten mit der Regelung im allgemeinen bürgerlichen Codex nur ein Rahmengesetz schaffen, so wie dies der E. B. G. plant, wäre dieses Vorgehen mit solchen Folgen verbunden, welche vom Gesichtspunkte der Rechtsicherheit kaum wünschenswert wären. Sollte nämlich die in den Codex zu fassende Rahmenregelung eine *ausschliessliche Quelle* der in Rede stehenden Institution sein wollen, ohne dass über das Anfechtungsrecht ausserhalb des Concurses *noch auch* ein besonderes Gesetz geschaffen werden sollte, stünde die Praxis ohne Orientirung in zahlreichen in diesem Kreise auftauchenden strittigen Fragen. Wenn aber *neben* einer in den Codex gefassten Rahmenregelung *noch auch ein besonderes Gesetz* geschaffen wird, würde die Regelung der Materie auf zweierlei Arten im Verhältnisse zu einander viele Debatten heraufbeschwören.

Diese letzte Schwierigkeit würde sich nur noch steigern im dem Falle, falls die Regelung auf zweierlei Arten nicht einmal auf einer identischen prinzipiellen Grundlage ruhen würden; die wäre aber der Fall, wenn wir neben der im E. B. G. geplanten Regelung ein solches die ganze in Rede stehende Materie regelndes, auf dem prinzipiellen Standpunkte der ausländischen Gesetze stehendes besonderes Gesetz schaffen, wie es die hinsichtlich dieses Gegenstandes geschaffenen vaterländischen

Entwürfe beabsichtigt haben. Es genüge von diesem Gesichtspunkte darauf hinzuweisen, dass während der E. B. G. die sich an die Anfechtung knüpfenden Rechtsfolgen auf die Institution der Bürgschaft gestützt löst, — die berührten ausländischen Rechtsregeln mit dem den Gläubigern gegenüber bestehenden Instrument der (relativen) *Unwirksamkeit* operieren; im Gedankenkreise des E. B. G. haftet nämlich der Herr des übertragenen Vermögens als gesetzlicher *Entschädigungs-Bürge* für die Schulden des übertragenden Schenkers, laut dem Grundgedanken der berührten ausländischen Gesetze, sowie der erwähnten vaterländischen Entwürfe in Harmonie mit den Lehren der privatrechtlichen Dogmatik aber⁹⁾ ist die Anfechtungsklage, sowohl im — als ausser des *Concurses eine actio quasi ad exhibendum*, deren Ergebnis es sei, dass derjenige Vermögensgegenstand, welcher mit der beanständeten Rechtshandlung dem Vermögen des Schuldners entzogen wurde, vom Gesichtspunkte des Gläubigers so zu betrachten sei, als ob derselbe noch immer im Vermögen des Schuldners vorhanden wäre.¹⁰⁾

b) Vom Gesichtspunkte des Anfechtungsrechtes ausserhalb des Concurses ist es eine grundlegende Frage, in welcher *Ausdehnung* insbesondere *gegenüber welchen Rechtshandlungen des Schuldners* die Möglichkeit der Anfechtung gegeben werde. Dies ist derjenige Punkt, in welchem der schon erwähnte Entwurf Dr. Schreyer-s von den bezüglichlichen ausländischen Gesetzschöpfungen wesentlich abweicht.

Den Kreis der Anfechtbarkeit im Concurse bestimmen die §§-e 27—29 des C. G. ziemlich exact.

Die seitens des C. G. als anfechtbar bezeichneten Rechtshandlungen können somit in drei Gruppen geteilt werden: in *die erste* gehören jene Rechtshandlungen, welche direkt mit einer auf Schädigung des Gläubigers gerichteten Absicht vollzogen werden, und hinsichtlich welcher die mit dem Schuldner in ein Rechtsverhältniss tretende dritte Person von dieser Ab-

⁹⁾ Zsögöd: Obligationsrechtliche Abschnitte I., Seite 553.

¹⁰⁾ Zsögöd: an der berufenen Stelle: „die Anfechtbarkeit im Concurse ist nichts anderes, als ein Fall der relativen Nullitas zu Gunsten der Gläubiger; die Anfechtungsklage ist eine auf „exhibitive“ Leistung gerichtete auf persönlicher Grundlage ruhende Klage“.

sicht Kenntnis hatte (§ 29), *in die zweite Gruppe* fallen solche die Schädigung der Gläubiger verursachenden Handlungen, welche der Schuldner zu Gunsten einer mit ihm in einer gewissen *Verwandschafts*-Verbindung stehenden Personen (*familia suspecta*) geleistet hat (Verzicht auf eine Erbschaft, auf ein Vermächtniss, ohne Entgelt oder nur mit fingirtem Entgelt geschlossene Geschäfte § 28); schliesslich in die *dritte Gruppe* gehören jene Rechtshandlungen, welche mit dem *Zustande der Zahlungsunfähigkeit* (mit dem Concursbegehren) im Zusammenhange sind, und von denen die angegriffene dritte Person Kenntnis hatte. (§ 27.) Die Frage, welche den eigentlichen Drehpunkt des Problems der Anfechtung ausserhalb des Concurses bildet, ist die, ob man dieses Anfechtungsrecht laut Muster des Anfechtungsrechtes im Concurse auf *jene in die oben als dritte bezeichnete Gruppe gehörigen Rechtshandlungen ausdehnen kann, welche der Schuldner schon im Zustande der Zahlungsunfähigkeit vollbracht hat.*

Betrachtet man, dass das Anfechtungsrecht im Concurse in Ansehung *seiner Natur* und seines *Zweckes* mit dem Anfechtungsrechte ausserhalb des Concurses identisch ist, kann es keinen Zweifel geben, dass das Anfechtungsrecht ausserhalb des Concurses *in derselben Ausdehnung zu sichern sei*, wie das Anfechtungsrecht im Concurse, und dass dem entsprechend die Anfechtbarkeit ausserhalb des Concurses auch gegen die im Zustande der *Zahlungsunfähigkeit vollbrachten Rechtshandlungen zu gewähren sei.*

Zu diesem prinzipiellen Gesichtspunkt gesellt sich der praktische Hinblick, dass im Falle einer *Entziehung* des Anfechtungsrechtes ausserhalb des Concurses gegenüber der im Zustande der Zahlungsunfähigkeit vollzogenen Rechtshandlungen die *ganze in Rede stehende Institution zweifelhaft wird*, denn diesfalls könnte man eben diejenigen Handlungen nicht berühren, durch welche die Schuldner den Gläubigern die Deckungs-Grundlage am häufigsten zu entziehen pflegen. Die Erfahrung lehrt nämlich — wie Dr. Schreyer in der vortrefflichen Begründung seines ersten Entwurfes hierauf treffend hinweist —, dass der vorwiegende Teil der die Gläubiger schädigenden Rechtshandlungen eben auf jene Zeit fällt, in welcher der

Schuldner schon zahlungsunfähig ist, was auch natürlich ist, denn *vor* Eintritt der Zahlungsunfähigkeit liegt^o beim Schuldner kein Grund vor, Handlungen derartiger Natur zu vollführen.

Nimmt man daher in Betracht, dass Mangels einer genügenden Deckung zur Bestreitung der Kosten des Concursverfahrens sich im Sinne des § 87 des C. G. keine Möglichkeit zur Anwendung der Anfechtung bietet, würden im Falle einer Ausschlussung des Anfechtungsrechtes in Ansehung der in Rede stehenden Handlungen dieselben sowie in unserem heutigen Rechte auch weiterhin unter den Schutz eines *noli me tangere* fallen, was dem unredlichen Schuldner den gangbarsten Weg zur Ausspielung seiner Gläubiger weist.

Wenn wir trotzdem sehen, dass von dem gegenständlich des Anfechtungsrechtes ausserhalb des Concurses geschaffenen ausländischen Gesetzen, im berufenen deutschen Gesetze, so wie in der uns vielleicht am meisten interessierenden neuen österreichischen Anfechtungsordnung (vom 10-ten Dezember 1914) das Anfechtungsrecht auf die im zustande der Zahlungsunfähigkeit vollbrachten Rechtshandlungen nicht ausgedehnt wird, so liegt die Ursache dieser Erscheinung nicht in der Miesbilligung dieses prinzipiellen Standpunktes, sondern blos in praktischen, insbesondere constructionellen Schwierigkeiten.

Das Wesen dieser Schwierigkeiten aber besteht darin, dass während die Anfechtung im Concourse in Ansehung der weiter oben berührten in die *anderen zwei* Gruppen gehörigen Rechtshandlungen die (ungeschmälernte) Befriedigung des einzelnen Gläubigers bezweckt, bei der Anfechtung der in die *dritte* Gruppe der Rechtshandlungen eben zufolge Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nur mehr daran die Rede sein kann, *den Gläubigern den sogenannte Concursanspruch zu sichern*. — Zur Erreichung dieses Zweckes hingegen wäre es notwendig die *sämmtlichen Gläubiger ausserhalb des Concurses zusammenzubringen* (zu vereinigen) was Mangels eines die Gesamtheit der Gläubiger vertretenden Masseverwalters ausserhalb des Concurses kaum möglich ist.

Soviel ist sicher, dass eine Schwierigkeit der juristischen Construction beim Gesetzgeber kein genügender Grund sein

kann von der seinerseits sonst als richtig angesehenen Art der Regelung zurückzuschrecken.

Von diesem Gedanken ausgegangen waren auch die seitens Dr. Schreyers angefertigten Entwürfe mit anerkennenswerter Findigkeit bestrebt, die erwähnte Schwierigkeit auszuscheiden indem sie die Verfügung treffen, dass falls das Gericht der Anfechtungsklage in den hier in Rede stehenden Fällen Raum gibt, alljene Sicherstellungs und Befriedigungs-Zwangsvollstreckungen, welche auf den Gegenstand der Anfechtung schon früher vollzogen wurden, oder innerhalb weiterer sechs Monate vollzogen werden, — als *in ein und demselben Zeitpunkt* vollzogen anzusehen sind. Ein grosser Fehler dieser Lösung aber ist, — worauf die skizzenhafte Begründung zu dem seitens *Arthur Meszlény* im Anfrage des L. C. V.-es neuerlich ausgearbeiteten Entwürfe hinweist, — dass im Falle einer erfolgreichen Anfechtung zwischen den Gläubigern ein *Concurs ausserhalb des Concurses* geschaffen wird, ohne dass für eine Eröffnung des Concurses, für die Abwicklung des auf diese Weise anhängig gemachten Concursverfahrens und insbesondere *für die Modalitäten einer verhältnissmässigen Befriedigung der Gläubiger* eine Verfügung getroffen sei.

Meiner Meinung nach ist es wünschenswert zur Entfernung der in Rede stehenden Schwierigkeit Folgendes zu bedenken:

α) eine Anfechtung der im Zustande der Zahlungsunfähigkeit vollbrachten Rechsthandlungen wäre nur am Platze, falls der Concurs Mangels eines die Kosten deckenden Vermögens im Sinne der Satzungen des Concurses (§ 87 C. G.) nicht eröffnet werden könnte.

β) Nachdem sich der Schuldner in den in Rede stehenden Fällen im Zustande des sogenannten *materiellen Concurses* befindet, also in einem Zustande, in welchem ein jeder Gläubiger berechtigt ist die Eröffnung des Concurs zu begehren, und auf dieser Weise eine verhältnissmässige Befriedigung zu fordern, nachdem ferner das berührte Recht gegebenen Falles nur deshalb nicht verwirklicht werden kann, weil ein genügendes Vermögen zur Deckung der Kosten des Concursverfahrens nicht vorhanden ist: kann die *Anfechtungsklage nur bezwecken, eine*

Deckung für die Kosten des Concursverfahrens zu schaffen; dem gemäss

γ) ist die Anfechtung von Erfolg und genügt das zum Vorschein gelangte Vermögen zur Deckung der Spesen des Concursverfahrens und besteht somit kein Hindernis *mehr* gegen die Eröffnung des Concurses, ist gegenstandlich der Concurseröffnung ein Beschluss zu schaffen und zwar ohne Rücksicht auf die hinsichtlich des Gegenstandes der Anfechtung früher vollzogenen Zwangsvollstreckungen.

Innerhalb des Rahmens der berührten *prinzipiellen Gesichtspunkte* ist der Aufbau der Details nur mehr eine Frage der technischen Gesetzes-Construction, welche in dem schon früher berührten im Auftrage des L. C. V.-es verfertigten Entwurfe, — wenn derselbe auch von mehreren Gesichtspunkten bemängelt werden kann — im grossem und ganzen glücklich gelöst ist.

C) Die Eigenheit unseres Rechtes, welche die Feststellung der Rechtswirkungen der Zahlungsunfähigkeit an die Concurs-eröffnung knüpft, und auf diese Weise das Concursverfahren zum Centrum des Zahlungsunfähigkeits-Rechtes macht, -- kommt noch in augenscheinlicherer Weise als in den schon oben (unter A. und B.) berührten privatrechtlichen Gesichtspunkten in den *strafrechtlichen* Beziehungen zum Vorscheine.

Unser Strafgesetzbuch nämlich — und daran haben auch neuere strafrechtliche Verfügungen nichts geändert — sieht bei den sich auf Schädigung der Gläubiger des zahlungsunfähig gewordenen Schuldners richtenden strafbaren Handlungen im Rahmen des betrüglichen und fahrlässigen (einfachen) Bankerutts (§§-e 414 und 416 St. G. B.) die Gefährdung des Befriedigungsrechtes der Gläubiger nur in dem Falle obwalten, wenn das Vorhandensein der Zahlungsunfähigkeit seitens des Gerichtes mittels (rechtskräftiger) Verhängung des Concurses festgesetzt wurde. — Diesem prinzipiellen Standpunkte entsprechend kann nur derjenige einen betrüglichen oder einfachen Bankerutt begehen, gegen den der Concurs (rechtskräftig) verhängt wurde, ist aber jemand zwar zahlungsunfähig, der Concurs wurde aber gegen ihn aus welchem Grunde immer

nicht verhängt, kann derselbe kein Subject des betrüglichen oder des einfachen Bankrutes sein.

Es ist jedoch offenkundig, dass das Recht des Gläubigers auf Befriedigung *nicht durch die Concursverhängung sondern durch die Zahlungsunfähigkeit als tatsächlichen Zustand gefährdet wird*, und vom Gesichtspunkte *des Vorhandenseins dieser Gefahr* ist eine eventuelle Verhängung des Concurses als der Eintritt einer sich an die Zahlungsunfähigkeit knüpfenden Rechtsfolge, von keiner Bedeutung.

Ist aber in unserer Gesetzgebung *in einem gewissen engeren Kreise* der sich auf Schädigung der Gläubiger richtenden strafbaren Handlungen, insbesondere vom Gesichtspunkte des im § 414 des St. G. B.-es bestimmten Tatbestandes des betrüglichen Bankrutes die Strafbarkeit von der Concurseröffnung unabhängig gemacht worden, (§ 387. St. G. B.) konnte dieselbe den Gedanken dennoch nicht los werden, dass der Concur auch in diesem Falle vom Gesichtspunkte der Strafbarkeit von Bedeutung sei. — Dennoch es offenkundig ein Grundgedanke des berufenen §-en 387 ist, dass der Schuldner, der in Zahlungsunfähigkeit geraten irgend eine der im § 414 des St. G. B. bestimmten Handlungen begeht, insbesondere mit der sich auf Schädigung einer Gläubiger richtenden Absicht seinen Gläubigern die Befriedigungs-Grundlage entzieht, auch dann strafbar sei, falls der Concur gegen ihm nicht verhängt wurde, dass also auf diese Weise die *einfache Tatsache* des Unterbleibens der Concursverhängung kein Grund zum Ausschluss der Strafbarkeit sei, muss dennoch auch vom Gesichtspunkte der unter § 387 fallenden Handlungen der Concur, wenn auch *nicht verhängt*, jedoch *begehrt werden* und eine Anwendung dieses §-en kann nur dann an die Reihe kommen, wenn der Concur wohl *begehrt wurde*, das Gericht aber *dem Begehren* nicht Raum gegeben hat und zwar entweder deshalb, weil der Schuldner nur einen Gläubiger hat, oder deshalb, weil das Vermögen des Schuldner selbst zur Deckung der Kosten des Concursverfahrens ungenügend war. — Davon gar nicht zu sprechen, dass man nach unserem bestehenden Rechte denjenigen Schuldner nicht strafen kann, dem es gelungen ist sein Vermögen vor seinem Gläubigern derart verschwinden zu lassen, dass der Gläu-

biger nicht einmal der Mühe wert hält den Conkurs zu begehren, muss darauf hingewiesen werden, dass auch jener einzelne Gläubiger ganz wehrlos dasteht, der es der Mühe wert halten würde den Conkurs verhängen zu lassen, dem aber der Weg hiezu im vorhinein abgeschnitten ist (ex § 87 C. G.).

Demgemäss muss die Reform unseres Zahlungsunfähigkeits-Rechtes, so wie sie sich in ihrer privatrechtlichen Beziehung dahin zu richten habe, dass die *Discrepanz* welche vom Gesichtspunkte der rechtlichen Lage des Gläubigers zwischen den *Fällen der Zahlungsunfähigkeit innerhalb und ausserhalb des Concurses besteht, aufzuhören habe*, — müsse man ebenso auch in strafrechtlicher Beziehung — unter anderen — die in unserem heutigen Rechte bestehende praedominirende Wichtigkeit der Tatsache der Concurseröffnung ausschalten, und man müsse dem Gläubiger gegen die Vereitelung seines Befriedigungsrechtes beabsichtigenden unredlichen schuldnerischen Handlungen auch in den Fällen der Zahlungsunfähigkeit ausserhalb des Concurses denselben Schutz sichern, welcher vorhanden ist, wenn sich die Zahlungsunfähigkeit im Rahmen eines Concursverfahrens abwickelt.

III.

Das die Regelung eines das Interesse mehrerer Gläubiger berührenden Zahlungsunfähigkeit bezweckende Verfahren war in unserem vorkriegerischen Rechte ein einschichtiges. Dies kam hauptsächlich darin zum Ausdruck, dass das im C. G. geregelte Verfahren — abweichend von der im Code de commerce und in späteren ausländischen Gesetzen enthaltenen Regelung, — sich gleichmässig auf Kaufleute und Nichtkaufleute erstreckte, eine Differentiierung kam blos in einigen speciellen Verfügungen zum Vorscheine, welche im C. G. Ansehung des sogenannten *Handels-Concurses* enthalten sind (§§-e 241—261).

Die wirtschaftlichen Verhältnisse im und nach dem Kriege haben *neben* den bis dahin allein bestehenden Concursverfahren auch anderweitige Modalitäten des Zahlungsfähigkeits-Verfahrens ins Leben gerufen. Schon im Jahre 1915 wurde einerseits im Interesse des Schutzes der wirtschaftlichen Existenz der-

jenigen durch den Krieg schon ohnehin übermässig betroffenen Schuldner *die ohne ihr Verschulden* in eine kritische wirtschaftliche Lage geraten sind, *und die* auch aus allgemeinem wirtschaftlichen Gesichtspunkte eine nützliche wirtschaftliche Tätigkeit entfalten, behufs Verhütung derjenigen Wirkung des Concursverfahrens, welche in der Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners besteht, anderseits, damit an Stelle des sich nach den seit mehreren Jahrzehnten erworbenen Erfahrungen gänzlich wertlosen Concursverfahren ein anderes das sich an die Befriedigung des Gläubigers knüpfende Interesse wirksamer sicherndes Verfahren den Gläubigern zur Verfügung stehe, — das Zwangsvergleichs-Verfahren ausserhalb des Concurses geschaffen. (Verordnung M. E. 4070/1915.)

Zweck dieses Verfahrens war der Gedanke, *dass* den Gläubigern sowie den Schuldnern *wegen Abwendung des aus dem Gesichtspunkte beider schädlichen Concursverfahrens* die Möglichkeit geboten werde, noch vor Einleitung des Concursverfahrens das Zustande bringen eines Vergleiches zu versuchen und zwar mit der Wirksamkeit, dass falls es die Mehrheit der Gläubiger findet, der Vergleich sowohl im eigenem, als auch im Interesse der womöglich ungestörten Sicherung der wirtschaftlichen Tätigkeit des gutgläubigen Schuldner am Platze sei, das Zustandekommen des Vergleiches auch im Wege eines auf den andern Teil der Gläubiger (auf die Minderheit) auszuübenden Zwanges zu sichern.

Die Institution des Zwangsvergleiches ausserhalb des Concurses konnte eine geraume Zeit nach dessen Schaffung in der Praxis keine Anwendung finden. Als sodann die Zahlungsunfähigkeits-Krise eintrat, würde eine Lage geschaffen, dass das Zwangsvergleichsverfahren bei völliger Zurückdrängung des früher dominirenden Concursverfahrens die *allgemeine* nahezu *ausschliessliche* Art der Abwicklung der Zahlungsunfähigkeit wurde. Die Ursache dieser Erscheinung ist in zwei Umständen zu suchen; der *eine* ist der, dass es die, die neue Institution regelnden Rechtsatzungen gänzlich dem Belieben des Schuldners überliessen, ob er anstatt des Concursverfahrens das Zwangsvergleichs-Verfahren wählt, die Schuldner aber haben nicht gewankt, am wenigsten die unredlichen, diese für sie

günstigere Art des Verfahrens zu wählen. Die Freiheit der Wahl bedeutete aber nicht nur soviel, dass der Schuldner auf diese Weise mittelst seiner einseitigen Verfügung die Eröffnung des Concurses verhindern konnte, und somit zufolge Aussetzung der Zwangsvollstreckung und der sonstigen Zwangsmittel reichlich Zeit gewann, sein Vermögen den Gläubigern zu entziehen, sondern — was noch wichtiger ist, als das früher erwähnte —, die Gläubiger selbst in die Zwangslage gerieten, den Vergleichsantrag des Schuldners *nolens volens* anzunehmen, da es nicht zweifelhaft sein konnte, dass sich das noch übrig gebliebene Vermögen des Schuldners während der langen Zeit des seinerseits gewählten Zwangsausgleichs-Verfahrens derart zerbröckelte, dass ein nachher einzuleitendes Concursverfahren ganz aussichtslos gewesen wäre. Die *andere* Ursache des Überhandnehmens des Zwangsvergleichs-Verfahrens war, dass unser Concursverfahren in seiner heutigen Form — auch wenn demselben kein Zwangsvergleichs-Verfahren vorangegangen ist — in einem derart verschwindend kleinem Teil der Fälle, vom Gesichtspunkte der Befriedigung der Gläubiger einen ernst in Rechnung zu nehmenden Wert sichert, dass selbst die Gläubiger lieber in das wenigstens einige Hoffnung versprechende Zwangsvergleichs-Verfahren eingingen, als in ein von ihrem Gesichtspunkte sozusagen völlig wertloses Concursverfahren.

Alldies aber hatte zur Folge, dass das Zwangsvergleichs-Verfahren abweichend von seiner ursprünglichen Bestimmung nicht nur seitens gutgläubiger und solcher Schuldner in Anspruch genommen wurde, bei denen die Erhaltung ihrer wirtschaftlichen Existenz von volkswirtschaftlichem Gesichtspunkte wünschenswert ist, sondern auch seitens unlauterer und solcher Schuldner, deren wirtschaftliches Unternehmen vom Gesichtspunkte der Öffentlichkeit überflüssig ist. Das Zwangsvergleichs-Verfahren, welches im Gedanken des Gesetzgebers *neben* dem Concursverfahren als eine *ausnahmweise* Art der Abwicklung der Zahlungsunfähigkeit berufen war, wurde ein an *Stelle* des Concursverfahrens *tretendes allgemeines Verfahren*. Dies hingegen brachte es mit sich, dass zufolge Überbürdung der zur Abwicklung der Zwangsvergleichs-Angelegenheiten berufenen Gerichte, das Verfahren zu langwierig wurde,

was nicht nur die Anhäufung der Kosten verursachte, sondern auch zufolge des während der langen Dauer des Verfahrens vor sich gehenden langsamen aber umso sichereren Abbröcklung des schuldnerischen Vermögens jenen einzigen Vorteil gefährdete, welchen das in Rede stehende Verfahren vom Gesichtspunkte des Gläubigers dem Concursverfahren gegenüber zu sichern berufen gewesen wäre, nämlich eine entsprechende Art der Befriedigung.

Dieser Zustand hat jene Beschwerden ausgelöst, welche seit etwa Anfangs des Jahres 1925 immer lauter eine Regelung des Zwangsausgleichs-Verfahrens urgierten. Diese Beschwerden haben beim Hervorheben der Langwierigkeit und Kostspieligkeit des Verfahrens auf die Unredlichkeit der meisten Schuldner hingewiesen, die sich hauptsächlich darin äusserte, dass der Schuldner statt den sich der Natur der Sache nach bietenden Weg zu wählen, vor seine Gläubiger hinzutreten und ihnen die Ursache seiner Zahlungsschwierigkeit zu enthüllen, er seine Gläubiger zumeist nicht einmal dazu würdigt, sie von seiner Lage zu verständigen, so dass die Gläubiger grössten Teils erst aus dem Amtsblatte erfahren haben, dass ihr Schuldner nicht zahlen kann oder will.

Wegen Ausschaltung dieser Anomalie wünschten die interessierten Wirtschaftskreise ausser der Bestimmung einer Minimal-Quote, (der sich hierauf richtende Wunsch wurde durch Verordnung Z: 15.700/1925 schon honoriert) die Abänderung des Zwangsvergleichs-Verfahrens hauptsächlich in der Richtung, dass einerseits ein vorheriges Vergleichen obligatorisch vorgeschrieben werde und dass andererseits letzteres nicht vor Gericht, sondern *unmittelbar* vor den interessierten Gläubigern vor sich gehe, jedoch mit der gleichen Rechtswirksamkeit als vormals vor den Gerichten, dass heisst, dass der Schuldner auch während der sogenannten Privat-Vergleichs-Verhandlungen von den verschiedenen Zwangsmitteln (Zwangsvollstreckung, Sperre) verschont bleibe, und dass die Mehrheit der Gläubiger die den Ausgleich *nicht* anzunehmen geneigte Minderheit, ähnlich den bisherigen gerichtlichen Verfahren zur Annahme des Ausgleiches zwingen könne. Von einer derartigen Bestimmung des Privat-Zwangsvergleichs-Verfahrens hofften

die interessierten Kreise, das Zwangsvergleichs-Verfahren billiger und rascher zu gestalten und auch den Miessbräuchen der Schuldner ein Ende zu machen.

Obschon diejenigen, die seinerzeit auf die Codificierung der in Rede stehenden Materie einen Einfluss hatten, sich damit im Klaren waren, dass eine richtige Lösung nicht die Abänderung des Zwangsvergleichs-Verfahrens, sondern eine gründliche Revision des Concursgesetzes erheischen würde, da die Wurzel des Übels nicht im relativ guten Vergleichs-Verfahren, sondern in unserem veralteten Concursrechte steckt, — hat sich die Reform dennoch, geführt vom Gedanken die den sich damals schon hochgetürmten Übelständen je rascher zu steuern, bei vorläufiger Ausschaltung einer Reform des Concurs-Gesetzes, nur auf das Vergleichs-Verfahren beschränkt. Jene ernstesten Bedenken billigend, welche hauptsächlich aus juristischem Standpunkte wesentlich gegen die Verwirklichung der die Überweisung des Vergleichs-Verfahrens von den Gerichten an die interessierten Wirtschafts-Kreise bezweckenden Entwürfe aufgetaucht sind, wurde seitens der Regierung eine Compromiss-Lösung geschaffen, (V.) laut welcher der gerichtliche Zwangsvergleich blieb, demselben aber in einem gewissen engeren Kreise der Schuldner (Kaufleute, Gewerbetreibende) ein, der Einleitung des gerichtlichen Verfahrens sofort folgendes *Privat-Vergleichs-Verfahren* vorangehen müsse; zur Abwicklung desselben aber hat die V. bei Einschaltung der wirtschaftlichen Interessen-Vertretungs-Corporationen einen Landesverein (L. C. V.) ins Leben gerufen. Was das Verhältniss dieses Privat-Vergleichs-Verfahrens zum gerichtlichen Verfahren betrifft, liegt von diesem Gesichtspunkte das Wesen darin, dass falls im Gange des Privat-Vergleichs-Verfahrens ein Vergleich zustande kommt, dieser seitens des Richters nur von dem Gesichtspunkte überprüft wird, ob er formell den vorgeschriebenen Anforderungen entspricht, findet er, dass ja, genehmigt er den Vergleich und somit erhält auch der auf privaten Wege zustande gekommene Zwangsvergleich dieselbe Rechtswirksamkeit, als der gerichtliche Zwangsvergleich. Gelingt es aber im Gange des Privat-Vergleichsverfahrens nicht einen Ausgleich zustande zu bringenden, kommt das gerichtliche

Verfahren an die Reihe, welches sich mit gewissen Abweichungen ebenso abwickelt, als ob ein Privat-Vergleichsverfahren nicht vorangegangen wäre, das heisst, als ob in Ansehung der Abwicklung der Zahlungsunfähigkeit nichts gesehen wäre.¹¹⁾

Dieses ist die kurz slizzierte Lage, welche in Ansehung des Zwangsvergleichs-Verfahrens ausserhalb des Concurses und insbesondere in Ansehung des Verhältnisses des letzteren zum Concursverfahren auch heute noch besteht. Jene neue Verfügungen nämlich, welche seitens der Regierung gegenständlich der Abänderung und Ergänzung dieses Verfahrens erlassen wurden¹²⁾ ändern gar nichts an den Grundprinzipien und an der Construction der V.

Die Folgen finanzpolitischer und staatkreditlicher Natur, welche in Verbindung der Zahlungsunfähigkeit eines *Geldinstitutes* eintreten, begründen es, dass unser Recht zur Abwicklung der Zahlungsunfähigkeit der Geldanstalten die Bestimmung gewisser speciellen Verfügungen für nötig hielt. Insbesondere wurde schon während des Krieges der Geldanstalt-Zentral (G. Z.) ein gesetzlicher Einfluss auf das gegen Geldanstalten anhängig gemachten (gerichtliche) Zwangsausgleichsverfahren gesichert (V. Zahl 1921/1917. M. E.) Dieser in Ansehung der Regelung der Vermögens-Verhältnisse ausserhalb des Concurses gesicherte Rechtskreis wurde später (§§ 38—42 der V.) einerseits auch auf solche zur öffentlichen Rechnungslegung verpflichteten Unternehmen ausgedehnt, welche wohl keine Geldanstalten sind, aber in den Interessenkreis (Concern) irgend einer Geldanstalt gehören, anderseits wurde den Gläubigern der letzteren Unternehmen auch ermöglicht bei Intervention der G. Z. das Zustandebringen eines *Privatausgleiches*

¹¹⁾ Ausser dieser Gattung des Privat-Vergleichsverfahrens zwingenden Charakters kennt die V. ein sich ebenfalls mit Vermittelung des L. C. V. abwickelndes, sogenanntes, *rein* privates Vergleichsverfahren, welches vor gerichtlicher Einleitung des Zwangs-Vergleichs-Verfahrens Platz greifen kann, welches zwanglos ist und ein im Verlaufe desselben zustande gekommener Vergleich ist gerichtlich nicht vollstreckbar.

¹²⁾ Die Verordnungen Zahl 2180/1927, 5000/1927, 6340/1927. M. E., welche der Reihe nach in den Nummern 65.128. und 154., Jahrgang 1927. des Amtsblattes Budapesti Közlöny verlaublich wurden.

zu versuchen und sicherte auch zu Gunsten der in Rede stehenden Schuldner eine Schonzeit gegen die Zwangsmittel der Gläubiger, während eines zu diesem Zwecke zur Verfügung stehenden Termines (von 45 Tagen).

Überdies ist im Kreise der Geldanstalten an Stelle des die Liquidierung bezweckenden Concursverfahrens eine ebenfalls unter Intervention der G. Z. zu vollziehende einfachere und raschere *Zwangsliquidierung* getreten (§ 12 des Ges. Art. XXXVII. vom Jahre 1920, V. Zahl 1920/1917. M. E.); später aber wurde die Zwangsliquidierung auch auf die in den Interessenkreis der Geldintstitute gehörigen Industrial- und Handels-Aktiengesellschaften ausgedehnt.¹³⁾

Dieser skizzenhafte Überblick zeigt, dass das Zahlungsunfähigkeits-Verfahren in unserem *heutigen* Rechte auf genug abweichenden Pfaden schreitet. Diese Tatsache in sich allein würde keine berechtigte Grundlage für die sich auf Reformierung des *ganzen* Zahlungsunfähigkeits-Verfahren richtenden Bestrebungen bilden. Wenn wir aber dennoch sehen, dass die sich auf Reformierung des *ganzen* Zahlungsunfähigkeits-Rechtes richtenden Bestrebungen auch mit Erscheinen der V. nicht geschwunden sind, dass vielmehr sowohl die juristischen als auch die Wirtschafts-Kreise die Reformierung des ganzen Zahlungsunfähigkeits-Rechtes urgieren, muss dasselbe einen tiefer liegenden Grund haben, und zeigt, dass auch unser Kriesenrecht selbst sich in einer Kriese befindet.

Und dass dieser sich auf die Reform richtende Wunsch wirklich das Ergebnis einer ernsten wirtschaftlichen Notwendigkeit ist, und eben deshalb Überlegung erheischt, beweist genügend der Umstand, dass die Anzahl der Zahlungsunfähigkeiten zufolge der steten und stufenweisen Besserung des Wirtschafts-Lebens eine sich immer verringernde Tendenz zeigt und immermehr in einen nunmehr als normal anzusehenden Rahmen zurückzukehren beginnt mit welchem der Gläubiger als mit einem wahrscheinlichen Risiko schon in Friedensjahren rechnen musste, weshalb heute kaum mehr zu befürchten sei,

¹³⁾ §. 3. des Ges. Art. XIII. vom Jahre 1926, V. Zahl 5836/1926 und 4450/1927. M. E., letztere verlaublich in den Nummern 161/1926. und 115/1927. des Amtsblattes Budapesti Közlöny.

der Beweggrund der Reform-Bestrebungen sei die drückende Kraft der *momentan drohenden Gefahr*, die Reform-Wünsche kämen daher bloß als eine auf Sanierung der momentanen Lage hinzielende „*rasche-Hilfe*“ in Betracht. Im Gegenteil: Zufolge der erfreulichen Consolidierung der wirtschaftlichen Verhältnisse kann man heute schon in der weiten Perspective der sich ausgetobten Kriese die Ursachen der auch heute zweifellos *vorhandenen Übelstände* zum *Gegenstand einer Überlegung machen* und nach Klarlegung derselben der nunmehr auch die als endgiltig gedachten Modalitäten der Lösung erwägen.

Aus dem Kreise dieser Untersuchung können wir die Geldanstalten (und die in dieselbe Kategorie fallenden Unternehmen) ausschalten, denn in der Frage, ob es der Gesetzgeber für den Fall einer Zahlungsunfähigkeit der Geldanstalten für nötig hält besondere, von den allgemeinen Satzungen abweichende Verfügungen zu treffen, und wenn ja, welche, — entscheiden in erster Reihe die Interessen der Finanzpolitik und der Staatsgewalt, hinsichtlich welcher die übrigens als richtig erkannten rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkte nicht bedingungslos richtunggebend sein können. — Wenn wir demgemäss unsere Untersuchung auf jene Schuldner beschränken, die keine Geldanstalten sind, erblicken wir die folgenden Mängel unseres gegenwärtigen Verfahrens:

1. In der Frage, ob die Abwicklung der Zahlungsunfähigkeit im Wege eines Concursverfahrens, oder unabhängig davon ausserhalb des Concurses im Wege eines privaten oder gerichtlichen Zwangsvergleichs-Verfahrens zu geschehen habe, ist laut unserem heutigen Recht beinahe ausschliesslich der souveräne Wille des Schuldners richtunggebend, trotzdem aus dem Umstande, dass die Zahlungsunfähigkeit *in erster Reihe die Interessen der Gläubiger berührt*, eben das Gegenzeil folgen müsste (siehe oben unter I. B) 1.). Hiezu gehört aber auch jene grösste Schwäche unseres gegenwärtigen Rechtes, dass der Schuldner durch einem Zwangsvergleichs-Antrage, als mit einer einseitigen Verfügung einen leicht gangbaren Weg zu dem Zwecke erreicht, vor seinen Gläubigern die Vermögensdeckung verschwinden zu lassen. Es ist wohl wahr, die Gläubiger haben das Recht den Antrag des Schuldners nicht anzunehmen und ihn in Con-

curs zu treiben, damit jedoch fügen die Gläubiger nur sich selbst Schaden zu, denn im heutigen Concursverfahren können die nicht separat gesicherten Gläubiger für gewöhnlich nicht einmal auf eine so geringe Befriedigung rechnen. — Dies ist damit im Zusammenhange, dass

2. unser Concursverfahren in der Form, in welcher es im C. G. geregelt ist, dermassen formalistisch, schwerfällig und teuer ist, dass der Concurs nicht allein die wirtschaftliche Existenz des Schuldners vernichtet, sondern auch ausser stande ist die Befriedigung der Gläubiger selbst im bescheidensten Masse zu sichern.

Diese Feststellung ist dermassen ins allgemeine Bewusstsein übergegangen, und dermassen unbestritten, dass ein Nachweis mittelst statistischer Daten sozusagen überflüssig zu sein scheint. Aus diesem Grunde verweisen wir nur aufs geradewohl auf ein herangezerrtes Beispiel, dass man von den im Monate März d. J. 1927 beendeten 35 Concursen 27 *Mangels Vermögen* einstellen musste, nur in drei Fällen bekamen die Gläubiger eine geringe Befriedigung aber auch von diesen Fällen haben in einem Falle den an die Concursgläubigern erster Klasse ausgeschütteten 807 Pengö und den an die Concursgläubigern zweiter Klasse zugefallenen 3204 Pengö gegenüber die Kosten 1178 Pengö betragen, also nahezu ein Drittel der zur Ausschüttung gelangten Masse, in *einem zweiten* Falle haben die den Concursgläubigern erster Klasse zugefallenen 6010 Pengö den an die Concursgläubigern zweiter Klasse zugefallenen 17.380 Pengö gegenüber die Kosten des Verfahrens 2399 Pengö betragen, während im *dritten* Falle den an die Concursgläubigern erster und zweiter Klasse zugekommenen 865 Pengö gegenüber die Kosten 120 Pengö betragen haben.¹⁴⁾

Hingegen ist es unzweifelhaft, dass das Zwangsvergleichsverfahren ausserhalb des Concurses und zwar sowohl das frühere gerichtliche, als auch das jetzt in Geltung stehende *gemischte* Verfahren vom Gesichtspunkte der Befriedigung der Gläubiger von grösseren Werte ist als das Concursverfahren. Dem soeben berührten inferioren Character des Concursver-

¹⁴⁾ Ungarische statistische Rundschau, Aprilnummer 1927, und „Creditschutz“ Nummer von 10-ten Mai 1927.

fahrens gegenüber sind sodann die nachteiligen Folgen des Zwangsvergleichs-Verfahrens, dass dieses auch letzteres seiner eigentlichen Bestimmung entzieht und seines Wertes beraubt. Der ursprüngliche Zweck dieses Verfahrens ist nämlich die Vermeidung des Concurs (Praevention) im Interesse der Gläubiger und der redlichen Schuldner. Was die Schuldner betrifft, muss anerkannt werden, dass die Sicherung des berührten Zweckes vielleicht übermassen gelungen ist. War doch unser Recht nach österreichischen Beispiel sorgsam bestrebt alle denkbaren Hindernisse gegen die Geltendmachung der in Rede stehenden Institution eben behufs je vollkommener Sicherung ihrer den Concurs abwendenden Funktion aus dem Weg zu schaffen; aus diesem Grunde wurde das Vergleichs-Verfahren ganz selbständig vom Concursverfahren geregelt und wurden auch jene Ausdrücke vermieden, welche an den Concurs erinnern (Vorconcurs).¹⁵⁾ Umsoweniger ist aber die Sicherung der concursabwendenden Funktion vom Gesichtspunkte der *Gläubiger* gelungen. Diesbezüglich nämlich fehlt in unserem Rechte die eine Erreichung die Zweck sichernde, wesentlichste Bedingung, nämlich ein modernes Concursverfahren. Es ist nämlich offenkundig, dass das Ausgleichs-Verfahren seine den Concurs *abwendende Funktion* vom Gesichtspunkte der Gläubiger nicht versehen könne, wenn das Concursverfahren, dessen Abwendung bezweckt wird, dermassen unbrauchbar ist, dass die Gläubiger schon aus *diesem Grunde allein*, und um zu einer, wenn auch bescheidenen Befriedigung zu gelangen, *auch in jenen Fällen* zum Vergleichs-Verfahren greifen, in denen sowohl aus Rücksicht auf die Person des Schuldners, als auch wegen der Wertlosigkeit seines Unternehmens vom wirtschaftlichen Gesichtspunkte das Concursverfahren am Platze wäre. Dieser Zustand aber ist nicht im Einklange mit jenem Erfordernis, welcher aus dem Wesen der Zahlungsunfähigkeit folgt und auf welches wir oben (unter I. B. 2.) hingewiesen haben.

3. Das Zwangsvergleichs-Verfahren ist in unserem Rechte in keinem organischen Zusammenhange mit dem Concursverfahren. Ein Mangel dieses Zusammenhanges kommt darin zum Ausdruck, dass man in einem dem Zwangsvergleichs-Verfahren

¹⁵⁾ Oesterreichische Denkschrift, Seite 150.

folgenden Concursverfahren alle mit dem Zwangsvergleichs-Verfahren gemeinsamen Agenden (Feststellung des Vermögens-Status, die Berechnung der Gläubiger, die Feststellung der Prioritäts-Rechte), die schon im Zwangsvergleichs-Verfahren versehen werden mussten, wiederholt ebenso zu versehen hat, als ob in dieser Richtung nichts geschehen wäre. Die Besserung, welche diesbezüglich durch die V. eingeführt wurde (Aufrechterhaltung der Wirkung der Anmeldungen § 88 II.) kommt kaum in Betracht. Die berührte Arbeits- und Zeitverschwendung ist sogar auch im Verhältnisse des Privat- zum Zwangsvergleichs-Verfahren vorhanden¹⁶⁾ und an diesen Zuständen nur die Spitze derselben einigermaßen abgestumpft.¹⁷⁾

4. Es gibt in unserem Rechte keine *allgemeine* Verfügung welche mit einer Wirksamkeit jedermann (jeden Schuldner) gegenüber *unmittelbar* die Verpflichtung zur *sofortigen* Anmeldung der Zahlungsunfähigkeit bestimmt. Kaufleute und Handelsgesellschaften sind wohl laut § 242 des C. G. ausdrücklich verpflichtet, sobald sie ihre Zahlungen eingestellt haben — also nicht nur in den Fällen der Insuffizienz, sondern auch in den sonstigen Fällen der Insolvenz — diese Tatsache beim Gerichtshofe behufs Eröffnung des Concurses unverzüglich anzumelden, in Ansehung der Aktiengesellschaften und Genossenschaften aber ist diese Verfügung, doch bloß für den Fall einer *Insuffizienz*, schon im H. G. (§ 187. I., § 241.) enthalten und wird an die Verabsäumung dieser Anmeldung auch eine strafrechtliche Sanction geknüpft. (§ 218 Punkt 7 und § 246.)

In Ansehung des *Privatmannes* jedoch haben wir keine diese Verfügung *unmittelbar* enthaltende Rechtsregel, und man kann nur *mittelbar* aus andern Verfügungen darauf folgern, *dass auch ein Privatmann schon im Sinne unseres bestehenden Rechtes verpflichtet sei im Falle seiner Zahlungsunfähigkeit den Concurs zu verlangen.* Insbesondere aus der im Punkte 4 des § 416 St. G. B. enthaltenen Verfügung, laut welcher derjenige das Vergehen des einfachen Bankerutts begeht, „der, nachdem

¹⁶⁾ § 35 VI. des V. „... als ob ein Privat-Ausgleichs-Verfahren dem gerichtlichen Verfahren nicht vorangegangen wäre“.

haben auch die neueren Verfügungen nichts geändert, sondern

¹⁷⁾ Letzter Absatz des §-en IV. der Verord. Zahl 2180/1927. M. E.

er von seiner Zahlungsunfähigkeit gewusst hat oder wissen musste . . . durch *Verabsäumung der Einreichung* des Concursgesuches dazu Gelegenheit geboten hat, dass ein oder mehrere seiner Gläubiger auf sein Vermögen ein Pfand- oder ein Zurückbehaltungsrecht erwerbe“.¹⁸⁾ Ebenso aus § 23 der V., laut welchen von Einreichung des Begehrens wegen Einleitung des Vergleiches angefangen die „*sich auf die bestehenden Regeln gründende Verpflichtung*“ des Schuldners den Concurs gegen sich zu begehren, — ruht“.

Die schädliche Folge des Mangels einer ausdrücklichen Verfügung vom Gesichtspunkte des Gläubiger besteht aber darin, dass der Schuldner unter der Wirkung des in dieser Beziehung wirklich im engsten Sinne des Wortes Leben und Existenz bedeutendes Mottos“ *qui habet tempus, habet vitam*“ auch die Einleitung des ihm eher genehmen Zwangsvergleichs-Verfahren — welches mit Einführung dieser Institution (auch in strafrechtlicher Beziehung) das Concursbegehren ersetzt, — zu einer demselben vom eigenem Gesichtspunkte am meisten entsprechenden Zeit begehren werde, in welchem nur mehr die Trümmer seines Vermögens vorhanden sind.

5. Laut unserem Rechte trennt das Zwangsvergleichs-Verfahren eine unüberbrückbare Kluft vom Concursverfahren. Zweck des ersteren ist die Conservierung, die Beschützung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners, des letzteren: die Liquidierung, die Entfernung des Schuldners aus dem wirtschaftlichen Leben. *Principiell* könnte das Zwangsvergleichs-Verfahren nur auf einen solchen gutgläubigen (redlichen) Schuldner Anwendung finden, der auch aus volkswirtschaftlichen Gesichtspunkte ein erhaltenswertes Unternehmen betreibt, demgemäss sei der Schuldner wie unglücklich und redlich immer (*malheureux et bonne foi*), kann demselben — wenn

¹⁸⁾ Obwohl es sonst zweifellos ist, dass eine Folgerung aus dieser Verfügung auf die *allgemeine Pflicht* des Concursbegehrens durch jenen schon berührten Umstand erschwert wird, dass Mangels einer Verhängung des Concurses die Verabsäumung der Anmeldung (später) dennoch nicht strafbar wird, nachdem die im § 416 St. G. B. enthaltenen strafbaren Handlungen für den Fall der Nichteröffnung eines Concurses nicht poenalisiert wurden.

sein Unternehmen im Wege eines Zwangsvergleiches nicht erhaltenswert ist — laut dem principiellen Standpunkte unseres Rechtes kein anderes Schicksal erwarten, als dass er im Wege des Concursverfahrens aus dem wirtschaftlichen Leben ausgestossen werde. Wenn aber die Gläubiger auch in einem solchen Falle mit Rücksicht auf die *Person* des Schuldners und aus Mitleid zu demselben, mit ihm dennoch ausserconkurslich ausgleichen, wie man dies oft erfährt, werden hierdurch nur solche Unternehmen gezüchtet, welche vom volkswirtschaftlichen Gesichtspunkte wertlos sind.

Die somit kurz skizzierten Mängel unseres Zahlungsunfähigkeitsrechtes bezeichnen deutlich jene Aufgaben, deren Erfüllung die Reform wünscht.

a) Vor allem muss in einer jeden Zweifel ausschliessenden Verfügung ausgesprochen werden, der Schuldner im Falle er zahlungsunfähig wird (seine Zahlungen einstellt) sei verpflichtet unverzüglich die Einleitung des (laut den späteren Ausführungen einheitlich zu laufenden) Zahlungsunfähigkeits-Verfahrens zu begehren.

Aber auch weitergehend muss dieser Regel mit allen zu Gebote stehenden Mitteln eine praktische Geltung gesichert werden. In dieser letzteren Beziehung steht das Problem mit der Öffentlichkeit der Zahlungsunfähigkeiten und überhaupt mit der Frage des präventiven Creditschutzes im Zusammenhange. Es genügt an dieser Stelle nur darauf hinzuweisen, ob es vom Gesichtspunkte des präventiven Creditschutzes wünschenswert sei, gewisse Daten öffentlich zu verlautbaren und wenn ja, welche diese Daten (z. B. Aenderungen in einer Firma, oder im Grundbuche, die Wechselproteste, die anhängigen Prozesse, die Daten eines sogenannten Gefährnachweis-Buches bei Zwangsvollstreckungen, das Verzeichnis derjenigen Schuldner, die einen Manifestationseid geleistet haben §. 87 C. G.) sein.¹⁹⁾

b) Das Concursverfahren muss derart abgeändert werden, dass es auch vom Gesichtspunkte der Befriedigung der Con-

¹⁹⁾ Gegenstandlich der Anfertigung eines monatlichen Ausweises über die protestierten Wechsel verfügt der Erlass Zahl 40.860/1927. I. M. verlautbart in der Nummer 195/1927. des ungarischen Amtsblattes Budapesti Közlöny.

cursgläubiger eine Institution ersten Wertes sei. Unserer Meinung nach ist dies der eigentliche springende Punkt der Reform des Zahlungsunfähigkeits-Rechtes. Welche Gesichtspunkte in Ansehung einer Verbesserung geltend zu machen seien, darauf werden wir später (unter IV.) zurückgreifen. Doch auch schon hier muss darauf hingewiesen werden, was mit den späteren Ausführungen (unter c.) in Verbindung steht, dass das (eigentliche) Concursverfahren im Falle einer unsererseits vor Augen gehaltenen einheitlichen Regelung einen kleineren Kreis als unser heutiges Concursverfahren umfassen würde, insbesondere nur die Versachung jener Agenden, welche der eigentliche Zweck des Concursverfahrens mit sich bringt: Realisierung der Masse und Befriedigung der Gläubiger; hingegen wären die sonstigen Agenden die im heutigen Concursverfahren auftauchen insbesondere: Feststellung des Vermögen-Status, die zur Sicherung des Vermögens dienenden Verfügungen, die Bereinigung der Gläubiger-Rechte im Gange eines dem eigentlichen Concursverfahren *vorangehenden* einheitlichen (vorbereitenden) Verfahrens zu erledigen, weil diese Agenden *ausserhalb* des Concursverfahrens auch in den sonstigen zur Abwicklung der Zahlungsunfähigkeit beantragten Arten des Verfahrens (im Zwangsvergleiches- im Zwangsliquidations-Verfahren) vorkommen.

c) Zu Gunsten solcher *redlicher* Schuldner, die keine aus volkswirtschaftlichen Gesichtspunkte erhaltenswertes Unternehmen haben, die wir aber eben mit Rücksicht auf ihre Person nicht mit jener, sich an den Concurs knüpfenden Rechtswirkung heimsuchen wollen aus dem wirtschaftlichen Leben ausgeschaltet zu werden, wäre im *Allgemeinen* die Institution der Zwangsliquidation einzubürgern.

Der eigentliche Zweck dieser Institution wäre mit dem des Concursverfahrens identisch: die Liquidierung des Vermögens. Nachdem wir aber das Concursverfahren (wie folgt) ebenfalls derart verbessern müssen, dass dasselbe möglichst ein *rasches* und *billiges* sei, ist es offenkundig, dass das unsererseits beantragte Zwangsliquidations-Verfahren dem Concursverfahren gegenüber nicht durch Mangel einer Langwierigkeit und Kostspieligkeit gekennzeichnet werde, wie dies hinsichtlich des Ver-

hältnisses der zweierlei Arten des Verfahren zu einander im juristischen Bewusstsein allgemein verbreitet ist, sondern durch das Vorhandensein einzelner im *Concursverfahren fehlender, solcher specieller Rechtswirkungen*, zufolge welcher die Rechtsinstitution überdies, dass sie zu Gunsten des *Schuldners* dient, auch vom Gesichtspunkte der *Gläubiger* in Ansehung ihrer Befriedigung gewisse Vorteile bedeute. Dieser Vorteil kann aber den Gläubigern nur so gesichert werden, wenn wir bestrebt sind das persönliche Mitwirken des Schuldners bei der Liquidierung des Vermögens und sein Interesse für einen Erfolg des Verfahrens mittelst zweier sich auch an das Zwangsvergelichs-Verfahren knüpfenden Rechtswirkungen zu sichern, welche diese Institution vom Gesichtspunkte des Schuldners als besonderst wertvoll gestalten: indem wir einerseits im Gegensatze zum Concursverfahren dem Schuldner das Verfügungsrecht belassen, anderseits aber dem Schuldner wirklich die Möglichkeit bieten sich eine neue Existenz dadurch zu begründen, dass er im Falle der Bezahlung einer gewissen Liquidations-Quote zum Begleichen der Schulden seinen sämtlichen Gläubigern gegenüber von dem die Quote übersteigenden Überschuss enthoben wird. Hierin bestünde die Institution der sogenannten *Enthebung* (discharge). In Ansehung der Details bietet der seitens Erwin Doroghi-s angefertigte Entwurf interessante Daten.

d) Wie auch schon aus dem bisherigen gefolgert werden kann, muss unserer Meinung nach die *Institution des Zwangsvergleiches ausserhalb des Concurses* auch zukünftig erhalten bleiben. Der grosse Wert, welchen diese Institution gegenüber dem Zwangsvergleiche *im Concurse* zufolge der sie charakterisierenden Vorteile (die persönliche Mitwirkung des Schuldners im Unternehmen, die Conservierung der sich im Geschäfte befindlichen Werte, des Kundenkreises, der Geschäftsverbindung u. s. w.) in sich birgt, kann ohne Schmälerung der wirtschaftlichen — und hauptsächlich der wesentlichen Interessen des Creditlebens auch zukünftig nicht entbehrt werden.

Hingegen können wir die Institution des *Zwangsausgleiches innerhalb des Concurses* —, welche schon deshalb keinen praktischen Wert haben kann, weil dieselbe — laut den seit der Einführung des C. G. gemachten nahezu 50 jährigen Erfahrun-

gen erst nach Abhaltung der Liquidations-Verhandlung, also zu einer Zeit Platz greifen könne, in welcher durch die aufgelaufenen Kosten ein grosser Teil der Masse ohnehin schon aufgezehrt ist, zukünftig ohne jeden Nachteil *entbehren* vorausgesetzt, dass das Zwangsvergleichs-Verfahren den weiter unten zu berührenden Vorschlägen entsprechend seiner ursprünglichen Bestimmung zurückgegeben wird.

Es ist nämlich zweifellos, dass wir das Zwangsvergleichs-Verfahren ausserhalb des Concurses, welch relativ moderne Schöpfung es auch sei, in der Form, wie dasselbe durch die V. geregelt erscheint, *nicht unverändert belassen können*.

Die Reform müsste sich jedoch nicht sosehr auf die Details, als auf das Verhältniss richten, in welchem das Zwangsvergleichs-Verfahren zum Concurs-Verfahren steht. In dieser Beziehung müsste das verbum regens der Reform sein, die Institution seiner ursprünglichen, sich *auf Abwendung des Concurses* richtenden Bestimmung zurückgeben. Hiezu aber ist es nötig, dass das Zwangsvergleichs-Verfahren in dem Sinne *in den Dienst des Concurs-Verfahrens* gestellt werde, dass falls das sich auf den Vergleich richtende einstweilige Verfahren (praeventiv akkord) versagt, das Verfahren dem Willen der Gläubiger gemäss sich *ohne weiteres* in ein Concurs-Verfahren umwandeln könne. Eine derartige Regelung würde im Zusammenhange mit der berührten Verbesserung des (eigentlichen) Concurs-Verfahrens dem Schuldner die in unserem heutigen Rechte bestehende Möglichkeit benehmen, mit einem Begehren des Zwangsvergleichs-Verfahren ein für allemal (sozusagen bestimmt) die Gefahr des Concurses von sich abwenden zu können.

Die Art der vor Augen gehaltenen Regelung ist nicht neu.

a) Schon der Entwurf der *deutschen* Concursordnung vom Jahre 1877 hat die Regelung des Verfahrens eines sich ins Concursverfahren einzuflechtenden praeventiven Akkordes beantragt. Demselben gemäss wäre vor Eröffnung des Concurses vor dem Gerichte ein Verfahren am Platze gewesen, damit der Schuldner mit seinen Gläubigern einen Vergleich schliessen könne und für die Dauer dieses Verfahrens hätte das Gericht die Anwendung der Zwangsmittel gegen den Schuldner

(Zwangsvollstreckung, Sperre) ausgesetzt. Dieser Antrag wurde zwar schon seitens der Vorkommission verworfen, doch die dort vorgebrachte Begründung, einen den Conkurs abwenden- den Zwangsvergleich brauche man nicht, — konnte die Mehrheit der deutschen Juristen nicht überführen.²⁰⁾

β) In Belgien wird der die Verhütung des Concursverfahrens bezweckende, aber gleichzeitig in den Dienst desselben gestellte praeventiv Akkord durch das Gesetz vom 20-ten Juni 1883 geregelt. Laut demselben konnte der gutgläubige Schuldner (Kaufmann) nach Abschluss des ersten Abschnittes des Concurs-Verfahrens, nach Bestimmung der Activen und Passiven, aber bevor noch der zweite Abschnitt des Verfahrens, die Liquidation des Vermögens begonnen hätte, seinen Gläubigern einen Antrag auf Zustandekommen eines Ausgleiches machen durch welchen das Concursverfahren eingestellt wird. Zu diesem Behufe hat er sich mit seinem begründeten Antrage an das Gericht zu wenden; über die Anordnung oder Übergehung des auf den praeventiv Akkord bezüglichen Begehrens entscheidet das Gericht. Wird dem auf Einleitung des Verfahrens gerichteten Begehren Raum gegeben, bestellt das Gericht aus seiner Mitte einen Delegierten, der das praeventiv Akkord-Verfahren im Wesen nach den Regeln eines Zwangsvergleiches leitet. Kommt in diesem besonderen Verfahren ein Ausgleich nicht zustande, *wird das Concursverfahren fortgesetzt.*

γ) Im Sinne der englischen „Bankruptcy-Act“ vom Jahre 1883 sorgt das Gericht sobald das Einleiten des Concurses seitens des Gläubigers oder auch seitens des Schuldners begehrt wird, vor allem für die Sicherung des Vermögens („receiving order“) und bestellt gleichzeitig zur Übernahme und Verwaltung des Vermögens eine Amtsperson („official receiver“, Art. 5., 9., 10. des Gesetzes). Nachdem dies geschehen ist, wird — sobald als möglich — eine *allgemeine Gläubigerstützung* abgehalten, deren Gegenstand es ist darüber zu entscheiden, ob die Gläubiger den (eventuell) gestellten Ausgleichsantrag des Schuldners annehmen, oder ob es begründet erscheint den Conkurs verhängen zu lassen. (Art. 15.) Kommt bei dieser oder bei

²⁰⁾ Alexander: Konkursgesetze aller Länder der Erde, Seite 497.

einer spätern Sitzung kein Vergleich zustande, oder wird der Vergleich seitens des Gerichtes nicht gut geheissen, wird der Schuldner für bankerrutt erklärt (Art. 20.).

δ) In der *Schweiz* wird das den Concurs abwendenden Zwangsvergleichs-Verfahren durch das „Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs“ in sehr praktischer Weise in das Concursverfahren eingeschaltet.

ε) Das gegenständlich des den Concurs abwendenden Ausgleiches in aller-letzter Zeit (am 5-ten Juni 1927) geschaffene deutsche Gesetz schliesslich (Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Concurses) — ist auf den berührten Grundgedanken aufgebaut. Wenn auch durch dieses Gesetz das Zwangsvergleichs-Verfahren im Wesen hinsichtlich der Detaills mit unseren Rechtssatzungen conform geregelt wird, ist dasselbe principiell dennoch darin abweichend, dass es das concurs-abwendende Ausgleichs-Verfahren mit dem Concursverfahren in eine organische Verbindung bringt. Diese Verbindung aber kommt dadurch zum Ausdruck, dass falls das Gesuch um Einleitung des Ausgleichs-Verfahrens seitens des Gerichtes abgewiesen wird, ebenso falls der Ausgleich nicht zustande kommt, und man deshalb das Verfahren einstellen muss, schliesslich falls der Ausgleich seitens des Gerichtes nicht gutgeheissen wird, *sofort gegenständlich der Einleitung des Concursverfahrens* entscheiden werden muss. Vom Gesichtspunkte dieser Entscheidung aber kommt das Begehren wegen Einleitung des Vergleichsverfahrens derart in Betracht, als ob es sich auf Einleitung des Concurses richten würde, und das Begehren kann nicht zurückgezogen werden. (§§ 24., 71.)

Das Zwangsausgleichsverfahren müsste auch bei uns wesentlich auf ähnliche Weise geregelt werden, als in den berührten Gesetzesschöpfungen. Diese Regelung der hier in Rede stehenden Art des Verfahrens ist übrigens ein organischer Teil jenes sich auf Unificierung des Zahlungsunfähigkeits-Rechtes richtenden Vorschlages, auf welchen wir weiter unten (sub e.) übergehen.

Bei der berührten *Hauptrichtung* der Reform des Zwangsvergleichs-Verfahrens haben die weiteren Vorschläge (aa. und bb.) nur eine geringere Bedeutung, deren Verwirklichung im

Interesse der *Hebung des praktischen Wertes* des Zwangsvergleichs-Verfahrens wünschenswert wäre.

aa) Die heutige *Zweiteilung* des Zwangsvergleichs-Verfahrens in ein privates und ein gerichtliches Verfahren wäre *einzu-stellen* und das zweierlei Verfahren wäre in der sachlichen Zuständigkeit des Gerichtes, aber bei Sicherung der Mitwirkung des L. C. V. auf die unten zu berührende Weise zu unifizieren.

Das Ergebnis kann wohl nicht unterschätzt werden, welches seitens des L. C. V.-es bei der Erledigung der Zahlungsunfähigkeits-Fälle in Ansehung der Aufbesserung der Ausgleichs-Quote, der Unterstützung der Reelität des Ausgleichs (mittelst Gutstehung, grundbücherlicher Einverleibung) und hierdurch sowie im Wege der *nach* Beendigung des Ausgleichsverfahrens erfolgenden Controlle der wirtschaftlichen Tätigkeit des Schuldners in Ansehung einer der bisherigen gegenüber wirksameren Sicherung der Leistung der im Ausgleich übernommenen Verpflichtungen, hauptsächlich aber in Ansehung der grösseren Raschheit des Verfahrens erreicht wurde. Von diesem letzteren Gesichtspunkte genüge es auf jene auf statistischen Daten ruhende Feststellung zu verweisen,²¹⁾ dass während die — in den Monaten April—September 1926 zur Erledigung gelangten Zahlungsunfähigkeits-Fälle vor Augen haltend — kaum ein Zehntel der vor Gericht beendeten Fälle in einer kürzeren Zeit als in zwei Monaten geordnet wurde, in einem ein Drittel der Fälle übersteigenden Teile aber (von 702 Fällen in 241 Fällen) 2—4 Monate, in ungefähr einem Viertel der Fälle (in 175 Fällen) 4—6 Monate, in ebenfalls einem Viertel der Fälle (in 171 Fällen) 6—12 Monate schliesslich in 45 Fällen aber länger als ein Jahr gedauert hat, ist die Zeitdauer des sich vor dem L. C. V. abwickelnden obligatorischen Privatausgleichs-Verfahrens auf durchschnittlich 3 Monate gesunken, es gelang sogar mit Schaffung der Verordnung Zahl 2180/1927 — zufolge Verkürzung der früher gültigen Termine — die berührte Zeitdauer auf durchschnittlich 2 *Monate* herabzusetzen. Man darf jedoch einerseits nicht vergessen, dass diese auf die günstigere Gestaltung der Zeitdauer beziehenden Daten nur auf jene Fälle gelten, in wel-

²¹⁾ Statistische Rundschau Oktober Nummer 1926.

chen es gelungen ist, vor dem L. C. V. einen Privatvergleich zustande zu bringen, denn entgegengesetzten Falles folgt dem Privat-Vergleich ein gerichtliches Vergleichs-Verfahren, wodurch sich die *ganze Dauer* zumindest mit zwei Monaten verlängert, was ein genug beträchtlicher Umstand ist, wenn wir bedenken, dass nur ungefähr 50% der Angelegenheiten mit einem Vergleiche endet; anderseits *dürfte unserer Beurteilung nach die Aufgabe des L. C. V.-es nicht blos aus ihrer Mitwirkung in einem gewissen Abschnitte einzelner Angelegenheiten bestehen*. Zuzufolge der zur Zeit der Schaffung der V. geherrschten ausserordentlichen Zahlungsunfähigkeits-Krise war es in erster Reihe notwendig, dem L. C. V. in der Erledigung *einzelner Angelegenheiten* einen Rechtskreis zu sichern, sowie dies die V. auch verwirklichte. Heute jedoch, wo die wirtschaftlichen Verhältnisse mehr-weniger ins normale Bett zurückgetreten sind, wo der L. C. V. schon eine ausgebaute Organisation hat, müsste sich die eigentliche Wirksamkeit desselben auf die Verhütung der Zahlungsunfähigkeiten, auf den Ausbau des Präventiv-Creditschutzes richten.

Dies berücksichtigend sind *es zwei Sätze*, die unserer Meinung nach bereinigt erscheinen. Der eine ist der, dass eine Wiederholung des Zwangsvergleichs-Verfahrens, welche laut obigen oft genug an die Reihe kommt, zukünftig aus wirtschaftlichen Gründen — insbesondere im Interesse eines Zeit — und Geldersparnisses nicht aufrecht erhalten werden kann. Der *zweite Satz* hingegen, welcher aus juristischem Gesichtspunkte nicht angezweifelt werden kann, ist der, dass man das Zwangsvergleichs-Verfahren bei Beseitigung des gerichtlichen Verfahrens, als Privatvergleichs-Verfahren nicht ganz in den Rechtskreis des L. C. V.-es überweisen könne. Dies würde ja soviel bedeuten, dass die Mehrheit der Gläubiger ohne jede gerichtliche Kontrolle über Leben und Tod des Schuldners zu entscheiden hätte. Dass die V. seiner Zeit den unstreitig ungagbaren Weg betreten hat, die Majorisierung im Gange des Privatvergleichs-Verfahrens überhaupt zu ermöglichen, konnte nur durch die Möglichkeit einer auch sonst ziemlich beschrankten gerichtlichen Überprüfung annehmbar gemacht werden. Weiter zu gehen, wäre kaum möglich.

Dies jedoch bedeutet nicht so viel, als ob wir die Mitwirkung des L. C. V. aus der Versehung der concreten Angelegenheiten ganz ausschalten wollten. Eine gute Richtung der Lösung wäre die Versehung der *keine juristische Beurteilung* erforderlichen, rein wirtschaftlichen Agenden, welche in Ansehung der Feststellung, der Aufklärung und Sicherung des Vermögens tauchen, im Zwangsvergleichs-Verfahren, ja sogar darüber hinausgehend, — nachdem das weiter unten zu erwähnende Verfahren sowohl dem Zwecke des Concursverfahrens als auch dem des Zwangsvergleiches dienlich ist, — auch *in Ansehung des Concursverfahrens* dem L. C. V. anzuvertrauen. Die auch weitere Einschaltung des L. C. V. -es als einer zur allgemeinen Vertretung der Gläubiger berufenen Centralorganes würde die zwei grössten Vorteile sichern, welche durch die Existenz und die Wirksamkeit des L. C. V. -es vom Gesichtspunkte des allgemeinen Creditschutzes auch bisher geboten wurde, nämlich einerseits das Geltungskommen *der Gläubiger-Autonomie* insbesondere in der Beziehung, dass die Gläubiger selbst die Vermögenslage und die Geschäftsführung des Schuldners (durch einen ihrerseits gewählten Sachverständigen) prüfen, mit dem Schuldner hinsichtlich der erreichbaren Quote und der sonstigen Details des Ausgleiches verhandeln, anderseits den Schuldner auch nach Zustandekommen des Vergleiches kontrollieren und demzufolge durch dieses Centralorgan die Zahlungsunfähigkeits-Fälle während ihres *ganzen Verlaufes* insolange mit Aufmerksamkeit verfolgen können, bis die Gläubiger nicht tatsächlich zu ihrem Gelde gekommen sind.

Hingegen müsste man die eine *gerichtliche Beurteilung beanspruchenden* Agenden, zu welchem die Entscheidung gegenständlich des Stimmrechtes, der Prioritäts-Gläubiger und der besonderen Befriedigungsrechte, die Leitung der Verhandlung und die Gutheissung des zustandegekommenen Vergleiches gehören, in den Rechtskreis des Gerichtes überweisen.

bb) Wenn wir überdies noch erwähnen, es wäre wünschenswert nach Muster des im belgischen Rechte bekannten „abandon d'actif“ auch in unserem Rechte jenen Modus eines Ausgleiches zu regeln, laut welchem der Schuldner seinen Gläubigern *nicht eine bestimmte Quote* zur Befriedigung anbietet,

sondern letzteren sein ganzes Vermögen zur Verfügung stellt, — in unserem gegenwärtigen Rechte sind nur die blassen Spuren dieser Institution vorhanden (§ 31. II. der V.) — haben wir im grossen und ganzen *die grundlegenden Gesichtspunkte* besprochen, welche in Ansehung der Reform *des Zwangsvergleichs-Verfahrens* richtunggebend wären.

e) Der Mangel eines Zusammenhanges zwischen den verschiedenen Arten des Verfahrens, auf welchen wir schon mehreremal hingewiesen haben, wird durch den Umstand erklärlich, dass die in Ansehung der Zahlungsunfähigkeit in unserem Rechte bekannten *verschiedenen Arten des Verfahrens* nicht im Wege einer organischen Reform festgesetzt wurden. Es ist demgemäss eine wesentliche Aufgabe der Reform unseres Zahlungs-fähigkeits-Rechtes die Schaffung einer bisher fehlenden Einheit zwischen den bisher bekannten Arten des Verfahrens (Concurs- und Zwangsvergleichs-Verfahren) sowie auch zwischen letzteren und dem jetzt beantragten Zwangs-Liquidations-Verfahren. Die Einheit zwischen den berührten verschiedenen Arten des Verfahrens wäre derart zu sichern, dass wir die Vernehmung all jener *vorbereitenden Agenden*, welche in jeder Art des Verfahrens auftauchen (Die Feststellung des Vermögens-Status und der Sicherungs-Verfügungen, die Bereinigung der stimmberechtigten Gläubiger, der Prioritäts- und der besonderen Befriedigungs-rechte) einem gemeinsamen, sogenannten *vorbereitenden Verfahren* vorbehalten, und erst *nachdem* dies alles geschehen ist, es aber schon vor den Gläubigern klar steht, einerseits wieviel das aufzuteilende Vermögen beträgt, und wer diejenigen sind, die *aus diesem Vermögen zu befriedigen seien*, und anderseits mit was für einen (redlichen oder unredlichen) Schuldner man zu tun habe, stellen wir die Gläubiger vor die Aufgabe: entscheidet ob das Vermögen des Schuldners verteilt werde, — und zwar bei Ermessung der oben (unter c.) als richtunggebend bezeichneten Gesichtspunkte durch ein Concurs — oder ein Zwangsliquidations-Verfahren, — oder ob die Abwicklung der Zahlungsunfähigkeit im Wege eines Zwangsvergleichs-Verfahrens erfolgen soll. In dieser letzteren Frage, dass heisst in der Frage in welcher Richtung (in der eines Concurses, einer Zwangsliquidierung oder eines Zwangsvergleiches) *das bisher*

einheitliche vorbereitende Verfahren abzuweichen habe, könnte — nachdem hier hauptsächlich wirtschaftliche Rücksichten richtunggebend sind —, der L. C. V. ein von diesem Gesichtspunkte wertvoller Ratgeber der Gläubiger sowohl als auch des Gerichtes sein, durch dessen beratender Wirksamkeit die im heutigen Verfahren systematisierte, aber beinahe ausnahmslos zur Untätigkeit verurteilte *Gläubiger-Commissionen* (Controll-Commission, Concur-Ausschuss) restlos ersetzt werden könnten.

Die Sicherung der Entscheidung in Ansehung der verschiedenen Modelitäten des Verfahrens für die *Mehrheit* der Gläubiger würde am sichersten die Möglichkeit dessen ausschliessen, dass der Schuldner das *ihm aus eigenem Gesichtspunkte* am besten entsprechenden Verfahren wähle, anderseits würde dies auch einen entsprechenden Schutz bieten, damit nicht einzelne ihren eigenen Weg zu gehen wünschende Gläubiger mittelst Androhung der Concurseröffnung bei Verletzung des Principes, der gleichen Behandlung für sich besondere Begünstigungen vom Schuldner erpressen.

Im Falle der Verwirklichung der soeben (unter a—e.) behrührten Vorschläge würde sich der Vorgang des *einheitlichen Zahlungsunfähigkeits-Verfahrens* in den Grundzügen folgendermassen gestalten.

Der Schuldner, sei es ein Kaufmann, oder nicht müsste seine Zahlungsunfähigkeit nebst Präsentirung des Verzeichnisses der Schuldner und Gläubiger sowie des Inventares und der Bilanz beim Gerichte anmelden und ohne *Unterbreitung eines Begehrens hinsichtlich einer näheren Art des Verfahrens* die Einleitung des Zahlungsunfähigkeits-Verfahrens begehren. Ein die Einleitung des Verfahrens begehrender Gläubiger könnte ebenfalls ein Begehren hinsichtlich der einen oder anderen Art des Verfahrens nicht konkretisieren. Das Gericht würde sofort gegenstandlich Feststellung und Sicherung des schuldnerischen Vermögens verfügen, zu diesem Behufe einen Vermögensinspektor (Anwalt) bestellen oder von einer derartigen Bestellung absehend diese Agenden, ferner das Versehen der vorbereitenden Verhandlung mit dem Schuldner insbesondere aber die Sammlung der vom Gesichtspunkte der Gläubiger und des Gerichtes wesentlichen Daten dem L. C. V. anvertrauen. Gleich-

zeitig würde das Gericht hinsichtlich der Verlautbarung der Einleitung des Verfahrens verfügen und würde schon in dieser Verlautbarung (für gewöhnlich) den Termin der Gerichtsverhandlung anberaumen. (In verwickelteren Angelegenheiten wäre dies auf Antrag des L. C. V.-es oder nach Anhören desselben auf später zu verschieben.)

Die Rechtswirkung der Einleitung des Verfahrens auf das Verfügungsrecht des Schuldners und auf die gegen denselben vollzogenen Rechtshandlungen wäre im Wesen ebenso zu regeln, wie im heutigen Zwangsausgleichs-Verfahren.²²⁾ Bei erwähnten Verhandlung würde dann das Gericht hinsichtlich der Stimmberechtigung, der Prioritätsforderungen, der besonderen Befriedigungsrechte entscheiden und nachdem dies geschehen ist, würden die Gläubiger in der Frage zu entscheiden haben ob ein Concurs oder ein Zwangsliquidations- oder Vergleichsverfahren zu folgen habe. Zur Giltigkeit eines solchen Beschlusses der Gläubiger, mit welchem für eine Zwangsliquidierung oder einen Zwangsvergleich entschieden wird, wäre eine gewisse qualifizierte Mehrheit erforderlich. Ist eine solche nicht erreichbar, würde notgedrungen der Concurs Platz greifen. Im Falle eines Vorhandenseins der erforderlichen Mehrheit würde bei *Berücksichtigung* des Wunsches der Gläubiger und des Vorschlages der L. C. V.-es das Gericht zu entscheiden haben, welche Art der beantragten Verfahren an die Reihe zu kommen habe. Demgemäss wäre in der Frage, was *der zweite Abschnitt* des Verfahrens sein sollte, (ein Concurs, ein Zwangsvergleichs-Verfahren, eine Zwangsliquidation) im Endergebnisse die sich auf Grund des Gutachtens des eben diesbezüglich erfahrenen L. C. V.-es ausgestaltende Stellungnahme der Gläubiger-Mehrheit und des Gerichtes richtunggebend.

Nach Beendigung *des ersten Abschnittes* des Verfahrens würde sodann entsprechend der berührten Entscheidung das Zwangsvergleichs-Verfahren, der Concurs oder die Zwangsliquidation erfolgen, jedes derselben wäre jedoch auch nach der derartigen Verzweigung des früher einheitlichen vorbereiteten Verfahrens durch den gemeinsamen Zug charakterisiert,

²²⁾ Vergleiche in Ansehung des Concursverfahrens, mit den Ausführungen unter IV.

dass innerhalb desselben dem L. C. V. als einem Centralorgan von allgemein wirtschaftlicher und insbesondere kaufmännischer Befähigung in Ansehung eines Versehens der *wirtschaftlichen Agenden* ein wichtiger Beruf zufallen würde. (Controlle nach dem Ausgleich, Verwertung des Vermögens.)

Die Detaillfragen in naturgemäss sehr grosser Anzahl müsste man im Rahmen der soeben skizzierten Grundprincipien regeln.

IV.

Der oben (unter III.) berührte Vorschlag, welcher jene vorbereitenden Agenden der im Concourse notwendig werdenden Liquidierung *einem einheitlichen vorbereitenden Verfahren* zuweisen wünscht, wirkt im beträchtlichen Teile auch auf die Reform *unseres Concursrechtes* aus. Jene Caesur nämlich, welche die *Beendigung* des berührten vorbereitenden Verfahrens im sich auf eine Liquidierung beschränkenden ganzen Concursverfahren ergibt, ist deshalb sehr wertvoll, weil dieselbe jenen Aufgaben-Kreis scharf hervorhebt, gegen deren Versehen in unserem heutigen Concursverfahren so viele Beschwerden aufgetaucht sind.

Ein jedes Concursverfahren hat nämlich zweierlei Aufgaben: einerseits die Ermittlung und förmliche Bestimmung der Gläubiger-Rechte, anderseits die Verteilung (Liquidierung) des Vermögens unter die Gläubiger. Während die sozusagen ausnahmslos in den Rechtskreis des Gerichtes gehörige *erste* Aufgabe heute schon mehr-weniger als gelöst angesehen werden kann, lässt die Lösung der zweiten Aufgabe bei uns, und auch vielen ausländischen Staaten noch viel zu wünschen übrig. Bis zur Feststellung der Forderungen läuft nämlich das Verfahren ziemlich glatt; jene Verfügungen aber, welche die *Realisierung* des Vermögens und die Verteilung desselben unter die Gläubiger bezwecken, folgen nur sehr schleppend, was die unbegründete Hinziehung des Verfahrens, das Anhäufen der Kosten und somit eine wesentliche Schmälerung der Befriedigung der Gläubiger nach sich zieht, ein Nachteil, welchem teilweise durch ein vereinigtcs Zusammenwirken aller Interessenten, teilweise durch sonstige Verfügungen vorzubeugen wäre. Ist es doch das Endziel eines jeden Concursverfahrens, dass die Gläubiger aus

dem Vermögen des Schuldners zu einer je grösseren Befriedigungs-Quote gelangen, und dass sie das, was sie zu bekommen haben, je früher und mit *Anwendung je weniger Spesen* erhalten. Demgemäss ist die eigentliche Aufgabe der concursrechtlichen Reform die Steigerung des materiellen Ergebnisses des Concurses, die raschere und billigere Gestaltung des Verfahrens. Betrachten wir, welche jene Gesichtspunkte sind, durch deren Geltendmachung man das materielle Ergebnis des Concursverfahrens vom Gesichtspunkte der Befriedigung der Gläubiger steigern (a), das Verfahren schneller (b) und billiger (c) machen könnte.

Ad a). Der Grundfehler unseres Concursgesetzes ist, dass er in seinen Wirkungen nicht denjenigen zum Vorteile dient, *deren Interesse durch die Zahlungsfähigkeit des Schuldners geschmälert wird.*

Dies ist damit im Zusammenhange, dass das C. G. unter verschiedenen Titeln einen derart weiten Kreis der zur begünstigten Befriedigung berechtigten Forderungen bestimmt, dass nach Befriedigung derselben den gewöhnlichen, das heisst den auf die Quote verwiesenen Gläubigern, in deren Interesse das ganze Concursverfahren organisiert wurde, gewöhnlich nichts übrig bleibt. Es wäre daher vom Gesichtspunkte der Reform unseres Concursrechtes am wesentlichsten die durch das Concursverfahren „nicht berührten“ Forderungen auf den vom wirtschaftlichen Gesichtspunkte unentbehrlich notwendigsten Kreis zu beschränken. Dieser Gesichtspunkt wäre insbesondere in Ansehung der Beschränkung des bisherigen Kreises *der zu einer besonderen Befriedigung Berechtigten und der Einrechnung* geltend zu machen.

Während der soeben berührte Vorschlag bestrebt ist die unter die Gläubiger aufzuteilende Masse *in negativer* Richtung zu schützen, indem er die Möglichkeiten der Ausscheidungen aus der allgemeinen Masse *zu besonderen Zwecken* beschränkt, könnte man die Höhe der aufzuteilenden Masse in *positiver* Richtung dadurch steigern, dass man die gegen den Schuldner *vor Einleitung* des Concursverfahrens innerhalb einer gewissen Zeit vollzogenen Rechtshandlungen (sicherstellungsweise, befriedigungsweise Zwangsvollstreckungen) *ohne besondere An-*

fechtung ex lege als unwirksam erklärt, sowie dies auch im gegenwärtigen Zwangsausgleichsverfahren bestimmt ist. Durch eine solche Verfügung würde nicht nur das Princip der *par conditio* bedeutend wesentlicher gesichert werden als bisher, sondern die Masse würde auch von *überflüssigen Prozessen* enthoben werden, in Anbetracht dessen, dass die in der berührten Zeit vollzogenen Rechtshandlungen, *welche heute Gegenstand einer besonderen Anfechtung sind*, laut unseren Erfahrungen in der vorwiegenden Mehrheit der Fälle auch *tatsächlich wirkungslos erklärt werden*. Nachdem aber diese die Rechtshandlungen des Schuldners berührenden Wirksamkeit, — laut dem obigen Ausführungen (unter III.) — sich schon an die Einleitung des vorbereitenden Verfahrens knüpfen würden, wäre vom Gesichtspunkte des Concursverfahrens nur die Feststellung dessen notwendig, dass die berührte Wirksamkeit des Verfahrens auch nach Beendigung des vorbereitenden Abschnittes des Zahlungsunfähigkeits-Verfahrens aufrecht bestehend verbleibe. Es erheischt sodann besonders überlegt zu werden, ob die erwähnte Unwirksamkeit auch auf Rechtserwerbungen, zufolge „freiwilliger“ Rechtshandlungen des Schuldners ausgedehnt werde, wie dies *Dr. Jakob Schreer* in seinem im Jahre 1915 angefertigten Entwürfe vorgeschlagen hat.

Zur Steigerung des materiellen Ergebnisses des Concursverfahrens ist es ferner unerlässlich notwendig dafür zu sorgen, dass die *Aufteilung* des mit Geltendmachung der oben berührten Gesichtspunkte als Masse zu sichernden Vermögens unter Berücksichtigung *kaufmännischer Principien* geschehe. Eben deshalb ist es unmöglich in dieser Beziehung allgemeine, sich auf alle Fälle erstreckende Verfügungen zu bestimmen. Eine der wesentlichsten Abweichungen vom heutigen Concursgesetze müsste es sein, die Verwertung für *gewöhnlich aus freier Hand* erfolgen zu lassen wie hierauf *Dr. Erwin Doroghi* in seinem gegenständlich der Zwangsliquidation verfertigten, schon erwähnten Entwürfe bereits hingewiesen hat, und nur wenn dies unmöglich ist, oder wenn von einem öffentlichen Verkaufe ein grösseres Ergebnis zu erwarten ist, soll letzterer angewendet werden. Einen Schutz gegen etwaigen Misbräuche, welche in Verbindung mit den von der Öffentlichkeit absehenden Verkäu-

fen auftauchen können, wird die Mitwirkung der L. C. V. zu sichern berufen sein.

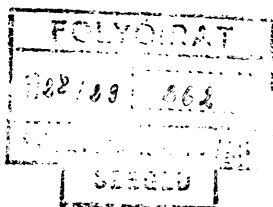
Ad b) und c). Die Zuweisung des Concursverfahrens vor den Gerichtshöfen in dem Rechtskreis des Einzelrichters, was dem C. G. gegenüber auch unserer heutigen Rechtslage entspricht, — *macht die Institution des Concursscommissärs überflüssig*. Diese Institution *erschwerte* nicht nur *den Verkehr* zwischen dem Gerichte und den im Concurse zur Mitwirkung berufenen Organen, sondern auch der eigentliche Zweck derselben vom Gesichtspunkte der Controlle erwies sich als wertlos, so dass von derselben zukünftig abgesehen werden könne. Wenn wir noch hinzutun, dass der Concursausschuss- dem schon berührten Vorschlage gemäss durch die hoffentlich um vieles erspriesslichere Mitwirkung des L. C. V.-es ersetzt werden soll, erhalten wir eine solche *Vereinfachung der Organisation*, welche sowohl vom Gesichtspunkte des rascheren als auch des billigeren Verfahrens nur vorteilhaft sein könnte.

Von den in der Rede stehenden Gesichtspunkte ist schliesslich auch der schon früher ebenfalls seitens Dr. Schreyers unterbreitete Vorschlag beachtenswert, zukünftig *vom ganzen Liquidationsverfahren abzusehen*. Zweck dieses Verfahrens im Kreise der Regelung des Concursgesetzes ist, de Gläubigern und dem Schuldner zur Geltendmachung ihrer Einwendungen gegen die Richtigkeit und gegen die Ziffermässigkeit der einzelnen Forderungen Gelegenheit zu geben. Zu diesem Zwecke jedoch ist dieses Verfahren nicht notwendig. Der Masse-Verwalter nämlich, der (für gewöhnlich) mit dem im vorbereitendem Verfahren bestellten Vermögensinspektor identisch ist, bringt es ohnehin schon im Aufteilungs-Entwurfe zum Ausdrucke, ob er gegen irgend eine Forderung in Ansehung der Richtigkeit oder der Ziffermässigkeit etwas einzuwenden habe, der Schuldner sowie auch der Gläubiger aber haben ebenfalls Gelegenheit auf Grund des gegenständlich der Klassificierung und der Aufteilung angefertigten Entwurfes ihre Einwendungen gegen die Richtigkeit der einzelnen Forderungen zu erheben, ohne dass hiezu das heutige langwierige und kostspielige Liquidations-Verfahren nötig wäre. Der hierdurch erreichbare Vorteil könne im Falle der oben beantragten Unificierung des

Zahlungsunfähigkeits-Verfahrens noch dadurch gesteigert werden, dass der Masseverwalter (Vermögensinspektor) schon in einem je früheren Abschnitte des Verfahrens in die Lage versetzt werde, in Ansehung der einzelnen Forderungen Stellung nehmen zu können, und dementsprechend wäre eine Verfügung zu treffen, dass die ohnehin schon im vorbereitenden Verfahren notwendigen Anmeldungen nicht — wie bisher — bei Gericht, sondern *beim Vermögensinspektor* zu geschehen haben.

Abkürzungen:

- St. G. B. = ung. Straigesetzbuch. Gesetz Art. V. vom Jahre 1878.
 Cr. E. = Creditrechtliche Entscheidungen (Beilage des Fachblattes:
 „Jogtudományi Közlöny“).
 H. G. = ung. Handelsgesetzbuch. Ges. Art. XXXVII. vom Jahre 1875.
 L. C. V. = Landes-Creditschutz-Verein, ungarisch abkürzt O. H. E.
 E. B. G. = Neuester, im Justiz-Ministerium ungearbeiteter Text eines
 Entwurfes des ungarischen bürgerlichen Gesetzbuches.
 V. = Verordnung Zahl 1410/1926. des ung. Ministerpräsidiums ge-
 genständlich der Regelung des Zwangsausgleichs-Verfah-
 rens ausserhalb des Concurres.
 W. G. = ungarisches Wechselgesetz. Gesetz. Art. XXVII. vom Jahre
 1876.
 C. G. = ungarisches Concursgesetz Gesetz. Art. XVII. vom Jahre 1881.
 G. Z. = Geldanstalt-Zentrale, ungarisch abgekürzt: P. K.



ACTA
LITTERARUM AC SCIENTIARUM

REGIAE UNIVERSITATIS HUNGARICAE FRANCISCO-JOSEPHINAE.

SECTIO
JURIDICO-POLITICA.

REDIGUNT:
V. DE KOLOSVÁRY — P. SZANDTNER.

TOM. I. FASC. I.

A M. KIR. FERENCZ JÓZSEF-TUDOMÁNYEGYETEM
TUDOMÁNYOS KÖZLEMÉNYEI.

JOG- ÉS ÁLLAMTUDOMÁNYI ÉRTEKEZÉSEK.

SZERKESZTIK:
KOLOSVÁRY BÁLINT — SZANDTNER PÁL.

I. KÖT. I. FÜZ.

1922. VI. 29.

SZEGED.

SZEGED VÁROSI NYOMDA ÉS KÖNYVKIADÓ R.-T.

INDEX — TARTALOM.

Dr. J. Moór: Macht, Recht, Moral.

Dr. Kosutány I.: Codex juris Canonici.

ACTA

LITTERARUM AC SCIENTIARUM REGIAE UNIVERSITATIS FRANCISCO-JOSEPHINAE.

Sectio: JURIDICA-POLITICA. TOM. I. FASC. 2. Redigunt: V. de KOLOSVÁRY—P. SZANDTNER.

NEUE ENTWICKELUNGSTENDENZEN DES UNGARISCHEN IMMOBILIARRECHTES.

VON

PROF. V. DE KOLOSVÁRY.

KIADJA

A „FERENCZ JÓZSEF M. KIR. TUD. EGYETEM BARÁTAI NA K EGYESÜLETE“.

SZEGED,

SZEGED VÁROSI NYOMDA ÉS KÖNYVKIADÓ R.-T.

1923.

ACTORUM
Sectionis Juridico-politicae
Tomi I.

Fasciculus I. :

Prof. Dr. J. MOÓR: Macht, Recht, Moral

Prof. Dr. I. KOSUTÁNY: Codex juris Canonici

**Venditur in libraria „STUDIUM“
Budapest, IV., Múzeum-körút 21.**

ACTA

LITTERARUM AC SCIENTIARUM REGIAE UNIVERSITATIS FRANCISCO-JOSEPHINAE.

Sectio : JURIDICO-POLITICA. TOM. I. FASC. 3. Redigunt : V. de KOLOSVÁRY—P. SZANDTNER.

NICHTVERMÖGENSSCHADEN IM UNGARISCHEN PRIVATRECHT.

VON

DR. ANTON ALMÁSI

UNIVERSITÄTSDOZENT, RICHTER AN DER KGL. TAFEL IN BUDAPEST.

KIADJA

A „M. KIR. FERENCZ JÓZSEF TUD. EGYETEM BARÁTAIÁK EGYESÜLETE“.

SZEGED,

SZEGED VÁROSI NYOMDA ÉS KÖNYVKIADÓ R.-T.

1923.



ACTORUM
Sectionis Juridico-politicae
Tomi I.

Fasciculus 1 :

Prof. Dr. J. MOÓR : Macht, Recht, Moral.
Prof. Dr. I. KOSUTÁNY : Codex juris canonici.

Fasciculus 2 :

Prof. V. de KOLOSVÁRY : Neue Entwickelungstendenzen des ungarischen Immobilienrechtes.

Venditur in libraria „STUDIUM“
Budapest, IV., Múzeum-körút 21.

ACTA

LITTERARUM AC SCIENTIARUM REGIAE UNIVERSITATIS FRANCISCO-JOSEPHINAE.

Sectio: JURIDICO-POLITICA. TOM. I. FASC. 4. Redigunt: V. de KOLOSVÁRY—P. SZANDTNER.

JOSEF KOHLER ALS MENSCH UND GELEHRTER.

VON

DR. ARTUR MESZLÉNY

UNIVERSITÄTSDOZENT, RICHTER AN DER KGL. TAFEL IN BUDAPEST A. D.

KIADJA

A „M. KIR. FERENCZ JÓZSEF TUD. EGYETEM BARÁTAINAK EGYESÜLETE“.

SZEGED,

SZEGED VÁROSI NYOMDA ÉS KÖNYVKIADÓ R.-T.

1925.



ACTORUM
Sectionis Juridico-politicae
Tomi I.

Fasciculus 1 :

Prof. Dr. J. MOÓR: Macht, Recht, Moral.
Prof. Dr. I. KOSUTÁNY: Codex juris canonici.

Fasciculus 2 :

Prof. V. de KOLOSVÁRY: Neue Entwicklungstendenzen des ungarischen Immobilienrechtes.

Fasciculus 3 :

Dr. ANTON ALMÁSI: Nichtvermögensschaden im ungarischen Privatrecht.

Venditur in libraria „STUDIUM“
Budapest, IV., Múzeum-körút 21.

STAATSORGANTHEORIE

EINE RECHTSTHEORETISCHE UNTERSUCHUNG

VON

DR. BARNÁ HORVÁTH

PRIVATDOZENT DER RECHTSPHILOSOPHIE AN DER KÖL. UNG. FRANZ JOSEPHS-UNIVERSITÄT.



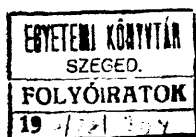
KIADJA

A „M. KIR. FERENCZ JÓZSEF TUD. EGYETEM BARÁTAIÁK EGYESÜLETE“.

SZEGED,

SZEGED VÁROSI NYOMDA ÉS KÖNYVKIADÓ RT.

1926.



ACTORUM
Sectionis Juridico-politicae
Tomi I.

Fasciculus 1 :

Prof. Dr. J. MOÓR: Macht, Recht, Moral.

Prof. Dr. I. KOSUTÁNY: Codex juris canonici.

Fasciculus 2 :

Prof. V. de KOLOSVÁRY: Neue Entwicklungstendenzen des ungarischen Immobilienrechtes.

Fasciculus 3 :

Dr. ANTON ALMÁSI: Nichtvermögensschaden im ungarischen Privatrecht.

Fasciculus 4 :

Dr. ARTUR MESZLÉNY: Josef Kohler als Mensch und Gelehrter.

**Venditur in libraria „STUDIUM“
Budapest, IV., Múzeum-körút 21.**

A LEÁNYNEGYED. („QUARTALITIUM“)

IRTA :

Dr. KELEMEN LÁSZLÓ.

DAS TÖCHTERVIERTEL. („QUARTALITIUM“)

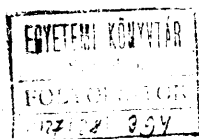
VON

Dr. LADISLAUS KELEMEN.

KIADJA:

A „M. KIR. FERENCZ JÓZSEF TUD. EGYETEM BARÁTAINAK EGYESÜLETE“.

SZEGED,
SZEGED VÁROSI NYOMDA ÉS KÖNYVKIADÓ RT.
1926.



ACTORUM
Sectionis Juridico-politicae
Tomi I.

Fasciculus 1 :

Prof. Dr. J. MOÓR: Macht, Recht, Moral.
Prof. Dr. I. KOSUTÁNY: Codex juris canonici.

Fasciculus 2 :

**Prof. V. de KOLOSVÁRY: Neue Entwickelungstendenzen des ungarischen Immo-
biliarrechts.**

Fasciculus 3 :

**Dr. ANTON ALMÁSI: Nichtvermögens-
schaden im ungarischen Privatrecht.**

Fasciculus 4 :

**Dr. ARTUR MESZLÉNY: Josef Kohler als
Mensch und Gelehrter.**

Fasciculus 5 :

Dr. BARNA HORVÁTH: Staatsorgantheorie.

**Venditur in libraria „STUDIUM“
Budapest, IV., Múzem-körút 21.**

ACTA

LITTERARUM AC SCIENTIARUM REGIAE UNIVERSITATIS FRANCISCO-JOSEPHINAE.

Sectio: JURIDICO-POLITICA. TOM. I. FASC. 7. Redigunt: V. de KOLOSVÁRY — P. SZANDTNER.

DIE REFORM UNSERES ZAHLUNGSUNFÄHIGKEITS-RECHTES

VON

Dr. ALEXANDER CORNEL TÚRY

PROF. DES HANDELS- UND WECHSELRECHTS AN DER KGL. UNG.
FRANZ JOSEPHS-UNIVERSITÄT.

KIADJA

A „M. KIR. FERENC-JÓZSEF TUD. EGYETEM BARÁTAINAK EGYESÜLETE.”

SZEGED,
SZEGED VÁROSI NYOMDA ÉS KÖNYVKIADÓ RT.
1928.

ACTORUM
Sectionis Juridico-politicae
Tomi I.

Fasciculus 1:

Prof. Dr. J. MOÓR: Macht, Recht, Moral.

Prof. Dr. I. KOSUTÁNY: Codex juris canonici.

Fasciculus 2:

Prof. V. de KOLOSVÁRY: Neue Entwicklungstendenzen des ungarischen Immobilienrechts.

Fasciculus 3:

Dr. ANTON ALMÁSI: Nichtvermögensschaden im ungarischen Privatrecht.

Fasciculus 4:

Dr. ARTUR MESZLÉNY: Josef Kohler als Mensch und Gelehrter.

Fasciculus 5:

Dr. BARNA HORVÁTH: Staatsorgantheorie.

Fasciculus 6:

Dr. LADISLAUS KELEMEN: A leánynegyed. („Quartalitium“). Das Töchterviertel.

**Venditur in libraria „STUDIUM“
Budapest, IV., Múzeum-körút 21.**